Die Ankündigung von Versteigerungen, mit besonderer Berücksichtigung der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, culpa in contrahendo.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl-Egon Dickmann
aus Essen-Borbeck
Referendar am Landgericht zu Essen

Approbiert am 20. Oktober 1930

Druck: Wilhelm Postberg, Bottrop i. W.
1931

21:252

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Geheimrat Univ.-Prof. Dr. Kübler.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Disposition.

Seite:

A) Zweck der Versteigerung und der Untersuchung 1

B) Kann der die Versteigerung Ankündigende, ohne sich ersatzpflichtig zu machen, von dieser jederzeit absehen?

I. Hierbei hat die Untersuchung dahin zu gehen, welche Bedeutungen die Versteigerungsankündigung haben kann:
Sie kann die Bedeutung haben:

a) einer Offerte 2

α) obwohl sie an eine persona incerta gerichtet ist: . . . 6

β) obwohl der Preis unbestimmt ist: 10

b) eines Chancenvertrages 13

c) eines Garantievertrages 14

II. Das Ergebnis ihrer Bedeutung nach Wissenschaft und Praxis ist im allgemeinen die einer invitatio ad offerendum 14

III. Die Haftung des die Versteigerung Ankündigenden gesehen:

1. unter dem Gesichtspunkt vertraglicher Haftung:

a) eine solche ist abzulehnen:

α) wegen Nichtvorliegens eines Vertrages: 20

β) wegen all zu großer Unbestimmtheit eines Schadens: 21

b) Dieses Resultat ergibt sich auch aus einem Vergleich zu den Rechtsinstituten:

α) der Auslobung: 27

β) der Submission 31

γ) des Preisausschreibens: 34

2. unter dem Gesichtspunkt vertragsähnlicher Haftung, culpa in contrahendo.

a) Historischer Rückblick über die culpa in contrahendo: . 36

b) Die Untersuchung hierbei geht dahin, ob die überaus strittigen Voraussetzungen für eine Haftung für culpa in contrahendo gegeben sind:

α) ob durch die Ankündigung der Versteigerung das Stadium begründet wird, in das die culpa in contrahendo zu verlegen ist, ob also im Falle der Versteigerungsankündigung vom Stadium der Vertragsverhandlungen, von einem rechtsgeschäftlichen Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen mit rechtsgeschäftlich-schuldrechtlicher Haftung gesprochen werden kann:

Die verschiedenen Rechtsanschauungen hierüber:

αα) die Friedrichs: 38

ββ) die Loewenwarters: 39

γγ) die v. Tuhrs: 39

δδ) die Stolls 40
εε) die von Herholz 41
ζζ) die von Koerffer und Enneccerus-Lehmann: . . 42
ηη) die Fischbachs: 42
dd) die Niendorfs: 43
ιι) die Gepperts 43
kk) die Josefs und Ortners: 43

β) ob vor dem Abschluß der in der Versteigerung zu schließenden Verträge aus dem so etwa gefundenen Vorstadium zu diesen, auch wenn diese später, wie in dem hier zu behandelnden Falle, nicht zustande kommen, eine rechtsgeschäftliche Sorgfaltspflicht des Versteigerers bestehen kann und welches deren Grundlage ist:

αα) Die Heranziehung analoger Vorschriften aus den verschiedensten Rechtsgebieten: 44

ββ) Die verschiedenen Rechtsmeinungen hierüber und die Praxis des Reichsgerichts 46

γ) ob das negative Vertragsinteresse als Folge der culpa in contrahendo bei Behandlung unserer Frage für die Adressaten der Versteigerungsankündigung von Nutzen ist: 58

3. unter dem Gesichtspunkt eines Quasimandats: 61

4. unter dem Gesichtspunkt deliktischer Haftung: 62

C) Zusammenfassung: 63

Literaturverzeichnis.

Alberti: Die Mitteilungspflicht über Unmöglichkeit oder Unvermögen und ihre Verletzung, in Arch.Ziv.Prax. Bd. 118, S. 141 ff.

Berns: Wesen und Wirkung des Zuschlags bei der freiwilligen und der Zwangsversteigerung. Diss. Heidelberg 1911.

Beumann: Die rechtliche Natur der Versteigerung. Diss. Erlangen 1911.

Biermann: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, Bd. 1. Berlin 1908.

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren in Jher. Jahrb. Bd. 32.

Brecht: System der Vertragshaftung in Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 213 ff.

Brock: Das negative Vertragsinteresse. 1902.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Tübingen und Leipzig 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines HGB. Berlin 1897.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1. Halle 1902.

Dernburg: Obligationenrecht Preußens. 5. Aufl. Halle 1897.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des BGB. Bd. 2. Mannheim 1901.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 1, 25.—29. Aufl. Marburg 1926.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung von Lehmann. Marburg 1930.

Faber: Die Haftung des Vertretenen für das Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschluß. Diss. Tübingen 1926.

Fischbach: Vorbereitende Rechtsverhältnisse in Arch. f. B. R. Bd. 41, S. 160 ff.

Fischer: Die Vorarbeiten, insbesondere der Kostenanschlag eines Bauwerks. Hannover 1912.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 13. Aufl. München 1927.

Fraenkel: Das Recht der freiwilligen Versteigerung im Reich und in Preußen mit besonderer Berücksichtigung der Kunstversteigerung. Diss. Greifswald 1916.

Frensdorf: Die Versteigerung. Diss. Heidelberg 1912.

Friedrichs: Vertragsrecht. Berlin 1927.

Fürst: In Leipz. Zeitschr. 1910, S. 177 ff.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1908.

Geppert: Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß in Gruch.Beitr. Bd. 69, S. 529 ff.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Schuldrecht. Bd. III. 1917.

Günther-Hein: Die freiwillige Versteigerung. Diss. Breslau 1919.

Hadenfeld: Die Mobiliarversteigerung nach gemeinem Recht. Diss. Erlangen 1899.

Hause: Die rechtliche Natur der Auslobungserklärung nach gemeinem Recht und nach dem BGB. Diss. Leipzig 1905.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Heldrich: Das Verschulden beim Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, in Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien. Heft 7. Leipzig 1924.

Herholz: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung in Arch. Ziv.Prax. Bd. 130, S. 257 ff.

Hilse: Vergütung der behufs Erlangung einer Arbeitsgelegenheit gefertigten Entwürfe und Anschläge in „Das Recht" 1903. S. 573 ff.
Hilse: Die von Architekten und Ingenieurvereinen bzw. dem Innungsverbande deutscher Baugewerksmeister aufgestellten Gebührenordnungen sind nicht gleichbedeutend mit Taxen bzw. Ortsgebrauch im Sinne des § 632 BGB. in Jur.Wo.Schr. 105, S. 106 ff.
Jahnke: Ist bei einem Verkauf durch Versteigerung der Versteigerer an das höchste Gebot gebunden? Diss. Greifswald 1878.
Jhering: Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in Jher. Jahrb. Bd. 4, S. 1 ff.
Jhering: Bemerkungen über die Abhandlung I über die Lehre von den Versteigerungen in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 166 ff.
Jhering: Bemerkungen zu obiger Entgegnung in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 376 ff.
Josef: In „Das Recht" 1916, S. 473 ff.
Kindervater: Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 1 ff.
Kindervater: Entgegnung auf die Bemerkungen Jherings zu der Abhandlung I über die Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb. Bd. 7.
Koeppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden in Jher. Jahrb. Bd. 11, S. 139 ff.
Koerfer: Culpa in contrahendo. Diss. Köln 1925.
Kortmann: Der Eigentumserwerb an Mobilien in öffentlicher Versteigerung nach dem Recht der Gegenwart. Diss. Marburg 1913.
Kress: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Tübingen 1907.
Krückmann: In Jher. Jahrb. Bd. 59, S. 233 ff.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. I. Teil. Berlin 1898.
Lazar: Die Vorbereitung zu einer Leistung. Diss. Erlangen 1916.
Leonhard: Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. 1890.
Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß. Berlin 1910.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I. München-Leipzig 1929.
Levy: Haftung für culpa in contrahendo bei nicht zustandegekommenem Vertrage in Jur.Wo.Schr. 1922, S. 1313.
Lindemann-Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 1921.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1924.
Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 4.—5. Aufl. Berlin 1925.
Loewenwarter: In Jur.Wo.Schr. 1921, S. 1307.
Lungstras: Das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts bei der Versteigerung. Diss. Freiburg 1885.
Lux: Schulung für die juristische Praxis. 1928.
Marrson: Die Natur der Vertragsofferte. Diss. Greifswald 1879.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. und 7. Aufl. Berlin 1914.
Meissner: Kritische Bemerkungen zur Schlußrevision des Entwurfs des deutschen BGB. 1896.
Meyer: Die Lehre von der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß. Diss. Königsberg 1928.
Michels: Die Vergütung der bei Bewerbung um die Hauptarbeit angefertigten Vorarbeiten in „Das Recht" 1904, S. 133 ff.
Motive: Zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. I und II, Berlin-Leipzig 1888.
Neumond: Der Automat, ein Beitrag über die Lehre über die Vertragsofferte, in Arch.Ziv.Prax. Bd. 89. S. 166 ff.

Niendorf: Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927 und 2. Aufl. 1908.
Oertmann: In D.J.Z. 13. Jahrg. 1908, S. 455 ff.
Oertmann: Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnisses nicht zustande gekommenen Vertrages in Arch.Ziv Prax. Bd. 121, S. 122 ff.
Oertmann: Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Werksvertrag in Leipz. Zeitschr. 1914, S. 513 ff.
Ortner: Die rechtsgeschäftliche Haftung für culpa in contrahendo. Diss. Göttingen 1921. (In Masch.-Schr.)
Ostwald: Der Erfüllungsdiener. Berlin-Leipzig 1920.
Planck: Kommentar zum BGB. Bd. I. Allgem. Teil. 4. Aufl. Berlin 1913 und Bd. II, 1, 4. Aufl. Berlin 1914.
Puchta: Vorlesungen.
Raape: In Jur.Wo.Schr. 1925, S. 1372 f.
Raiser: Schadenshaftung bei verstecktem Dissens in Arch. Ziv.-Prax. N. F. Bd. 7. 1927, S. 1 ff.
Regelsberger: Zivilrechtliche Erörterungen. Heft 1. Weimar 1868.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Bd. I. 5. Aufl. Berlin-Leipzig 1923.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1899.
Reuling: Noch ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb. Bd. 10, S. 357 ff.
Richter: In Jur.-Wo.-Schr. 1921, S. 664 f.
Riehl: Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist des Vertreters in Gruch. Beitr. Bd. 60, S. 790 ff.
Rohkrämer: Der Versteigerungsvertrag. Diss. Breslau 1919.
Rösen: Die Versteigerung. Diss. Rostock 1902.
Savigny: Obligationenrecht. Bd. 2. Berlin 1851—1853.
Scherer: Sind die mit einer erbetenen Offerte übergebenen Projekte, Anschläge, Zeichnungen zu vergüten? in Jur.-Wo.-Schr. 1902, S. 441 ff.
Schulze: Culpa in contrahendo. Diss. Köln. 1929.
Seufferts: Archiv. Bd. VIII, 38.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in Jher. Jahrb. Bd. 70, S. 223 ff.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang. Bd. I. Berlin 1928.
Sohm: Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 17, S. 16 ff.
Staub-Bondi: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I. 12. und 13. Aufl. Berlin-Leipzig 1926.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. Bd. III. Berlin-Leipzig 1926.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1925.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. I. Teil. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1930.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. und 13. Aufl. Bd. II. Tübingen 1926.
Stoll: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 532 ff.
Stoll: Anmerkung zur Jur.-Wo.-Schr. 1927. S. 1086, 1517, 2118 und 2439.
Stoll: Anmerkung zur Jur.-Wo.-Schr. 1928, S. 1285 ff.
Stricker: Die Offerte an eine nicht bestimmte Person. Diss. Straßburg 1910.

Stülpnagel: Die rechtliche Natur des Versteigerungsangebots. Diss. Leipzig 1918.
Tentler: Die juristische Konstruktion der Versteigerung unter Berücksichtigung des § 156 BGB. Diss. Erlangen 1896.
Thöl: Handelsrecht, Bd. I. 6. Aufl. 1879.
Thon: Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte in Arch. Ziv.-Prax. Bd. 80, S. 63 ff.
Titze: Das Verschulden bei Vertragsschluß in D. J. Z. 1925. Sp. 490/91.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II, 1, München-Leipzig 1914, Bd. II, 2, München-Leipzig 1918.
v. Tuhr: Schadensersatz bei Dissens in Arch. Ziv.-Prax. Bd. 121, S. 359 ff.
Unger: Noch ein Wort zur Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb. Bd. 8, S. 134 ff.
Unterhinninghofen: Die Haftung für culpa in contrahendo. Diss. Münster 1924 (in Masch.-Schr.).
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I. Tübingen 1923.
Weindel: Verschulden beim Vertragsschluß in Literatur und Rechtsprechung. Diss. Heidelberg 1929.
Zweig: Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß. Diss. Breslau 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Warneyer, Rechtsprechung.

A) Zweck der Versteigerung und der Untersuchung.

Der wichtigste Versteigerungsfall ist der Verkauf einer Sache.[1]) Und zwar behandele ich den Fall, daß der dispositionsfähige Eigentümer im Interesse der bestmöglichen Verwertung seiner Sache die Versteigerung zum Zwecke des Verkaufs freiwillig vornimmt. Außer der hier zu behandelnden freiwilligen kennt das BGB. noch die öffentliche Versteigerung (§ 385 III BGB.), die auch im Laufe der Arbeit Erwähnung findet, deren Konstruktion aber rechtlich die gleiche ist wie bei der ersten.[2]) Auch die übrigen Versteigerungsarten, wie z. B. die Zwangsversteigerung, sollen nur, soweit dies zum Verständnis der Arbeit erforderlich ist, berücksichtigt werden.

Der Zweck der Versteigerung ist hauptsächlich der, durch eine möglichst große Konkurrenz von Kauflustigen den höchsten Preis zu erzielen, überhaupt das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für den Versteigerer möglichst günstig zu gestalten. Dazu ist sie wie kein anderes Rechtsgeschäft geeignet, da sie Rechtsnachteilen entgegenzuwirken vermag, die z. B. die Notwendigkeit eines Geschäftes oder erschwerter Absatz, vor allen Dingen von überflüssigen Gegenständen, mit sich bringen.[3]) Dies hatten auch schon die Römer erkannt.[4]) Heißt es doch schon bei Cato: de agri cultura. 2 J: „auctionem uti faciat: vendat oleum, si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat: boves vetulos, armenta delicula, oves deliculas, lanam, pelles, plostrum vetus, ferramenta vetera, servum senem, servum morbosum: et si quid aliud supersit vendat." Bei den mannigfachen Vorteilen, welche so die Versteigerung gewährte, konnte es nicht ausbleiben, daß ihre Anwendung im heutigen Verkehrsleben immer häufiger geworden ist. Dies ist wieder eine Folge der hervorragenden Entwicklung des Handels und der Industrie und der damit in Verbindung stehenden Zunahme ausgedehnter Unternehmungen in der letzten Zeit. Im Großhandel sind die Versteigerungen bei gewissen eingeführten Artikeln geradezu der regelmäßige Weg des Güterumsatzes geworden, indem sich die Importeure ihrer als des zweckmäßigsten Mittels behufs Absatzes der ausländischen Produkte bedienen.[5]) Auch ist heute in manchen Zweigen des Kleinhandels die Versteigerung als beinahe die einzige Absatzform in Gebrauch.[6])

---

[1]) Günther-Hein S. 18.
[2]) Stülpnagel S. 22.
[3]) Berns S. 1.
[4]) Kindervater: Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung. Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 2. Auch finden wir die Versteigerung beim Verkauf der Beute, bei der Exekution von Seiten des Staates gegen seine Bürger wegen Abgaben, und, vom Staate übertragen, auch bei Exekution gegen Privatschuldner. Endlich wurden auch die bona damnatorum et proscriptorum öffentlich meistbietend verkauft. Vor allem Mommsen, Jur. Schr. III 225 ff.
[5]) Lungstras, S. 6; Rösen, S. 8.
[6]) Rösen, S. 8.

Bei einer Versteigerung sind gewöhnlich fünf verschiedene Willenserklärungen zu unterscheiden. Die erste ist die Bekanntmachung oder Ankündigung der Versteigerung.[1]) Wenn nun eine solche erfolgt ist, ist es ein sehr häufig vorkommender Fall, daß der Versteigerer von der Abhaltung der Versteigerung ohne weiteres Abstand nimmt und die zu versteigernden Gegenstände anderweitig veräußert. Die Adressaten der Versteigerungsankündigung reisen am Versteigerungstage zum Versteigerungsort, vielleicht von weither, oder machen sonstige erhebliche Aufwendungen. Alle diese Aufwendungen und Vorbereitungen stellen sich daher als nutzlos dar. Diese Folgerung wird in der Literatur als zu Unbilligkeiten den Bietern gegenüber führend erachtet.[2]) Von anderer Seite wird behauptet, daß es sich bei dieser Frage um eine Lücke im Recht handele, deren Ausfüllung auch das BGB. leider nicht gewagt habe.[3]) Im folgenden sollen die Ursachen der Richtigkeit dieser Folgerung näher untersucht werden.

B) Kann der die Versteigerung Ankündigende, ohne sich ersatzpflichtig zu machen, von dieser jederzeit absehen?

I. Hierbei hat die Untersuchung dahin zu gehen, welche Bedeutung die Versteigerungsankündigung haben kann.

Sie kann die Bedeutung haben:

a) einer Offerte.

Eingeleitet wird die Versteigerung notwendig durch eine öffentliche Ankündigung, in der der Unternehmer seine Absicht, einen gewissen Vertrag abzuschließen ausspricht und Vertragslustige zur Teilnahme auffordert.[4]) Der Kreis von Personen, an den die öffentliche Bekanntmachung gerichtet ist, kann ein unbeschränkter wie beschränkter sein, z. B. innerhalb eines bestimmten Interessentenkreises, welch letzter Fall im Laufe der Abhandlung des öfteren mit einigen ihm unterstellten Besonderheiten Erwähnung finden wird.

Die Versteigerung stellt sich als eine eigentümliche Einleitungsform zu einem der Schuldverträge dar, sie ist eine Unterart des Vertragsschlusses durch Wettbewerb[5]) und unterscheidet sich von anderen Arten der Vertragsschließung nur durch tatsächliche, nicht auch durch juristische Momente. Für diese Ansicht spricht vor allem, daß das Vertragsverhältnis, das auf dem Wege der Versteigerung zustande gekommen ist, nicht etwa besonderen Rechtsregeln unterliegt, sondern von denjenigen Grundsätzen, denen es seinem allgemeinen Charakter nach unterworfen ist, beherrscht wird.[6]) Diese Annahme wird auch durch den Stand unserer Quellen nicht unbedeutend unterstützt, da ihr Stillschweigen über die juristische Natur der Versteigerung kaum erklärlich

[1]) Günther-Hein, S. 17.
[2]) Frensdorf, S. 27.
[3]) Kuhlenbeck, S. 348 Anm.
[4]) Lungstras, S. 18.
[5]) Kuhlenbeck, S. 356.
[6]) Tentler, S. 11.

wäre, wenn sie derselben einen singulären Charakter beigelegt hätten [1]). So gehört denn die Lehre von der Versteigerung in das größere Gebiet, in dem der Vertragsschluß, die Lehre von der Eingehung von Schuldverträgen, die Willenserklärung, behandelt wird. Dem entspricht auch die Stellung des § 156 im BGB.[2])

Jeder Vertragsschluß besteht aus Offerte und Annahme. Im besonderen ist es immer schon eine Zweifelsfrage gewesen, ob bereits in der Ankündigung der Versteigerung oder in dem Ausgebot der zu versteigernden Sachen ein Vertragsangebot, eine Offerte von seiten des Versteigerers zu erblicken ist [3]) Zunächst ist festzuhalten, daß von der Ankündigung der Versteigerung das Ausgebot des Versteigerers im Termin selbst zu unterscheiden ist. In der Literatur, vor allen Dingen in der des gemeinen Rechts, wird dieser Unterschied häufig nicht gemacht. Man identifiziert einfach die Ankündigung in ihrer rechtlichen Behandlung mit dem Ausgebot. Indessen ist aber mit Frensdorf [4]) kaum einzusehen, daß diese Unterscheidung nicht bestehen sollte. Wohl aber ist es mit Lungstras durchaus berechtigt und angängig zu sagen, daß die Ankündigung als vorbereitender Schritt zur Versteigerung im engen Zusammenhang steht mit dem folgenden Ausgebot des Versteigerers und den Charakter desselben teilen kann [5]), so daß also nach Lungstras die Ankündigung sehr wohl eine Offerte sein kann, da auch das Ausgebot eine solche darstellen kann.

Diese Ansicht wird auch von Enneccerus [6]) vertreten. Nach ihm ist zu beachten, daß der Inhalt des § 156 BGB. nicht etwa eine zwingende, sondern eine Auslegungsvorschrift ist, welche die an sich zweifelhafte Frage, ob in dem Anerbieten zur Versteigerung, also in der Ankündigung der Versteigerung, eine Offerte liege oder nur eine Aufforderung, Offerten zu machen, in dem letzteren Sinne entscheidet. Geht aus dem Inhalt des Anerbietens zur Versteigerung im Einzelfalle mit Sicherheit hervor, daß es als bindende Offerte an den Meistbietenden gemeint ist, daß also der Zuschlag erteilt werden muß, so ist demnach jedes Gebot des Bieters der Abschluß eines Vertrages, freilich unter der Bedingung, daß kein höheres Gebot erfolge.

Diese Ansicht von Enneccerus, nach der § 156 BGB. eine Auslegungsvorschrift darstellt und nicht wegen des Fehlens der Worte „im Zweifel" eine Dispositivvorschrift — wie andere meinen — ist, hat in der Literatur Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen.

Ich möchte mich diesem Standpunkt von Enneccerus, den auch Biermann [7]) teilt, und der für den Charakter der Ankündigung der Versteigerung von großer Bedeutung ist, anschließen. Denn mit Recht sagt Enneccerus [8]):

---

[1]) Kindervater: Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung. Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 4.
[2]) Hadenfeld S. 17.
[3]) Frensdorf, S. 18, S. 17.
[4]) So im wesentlichen auch Frensdorf S. 28.
[5]) Lungstras S. 19.
[6]) Enneccerus Bd. I, S. 404 und ebenda Anm. 12.
[7]) Biermann, Bd. I zu § 156, S. 176.
[8]) Enneccerus Bd. I, S. 100.

„Im BGB. werden die Auslegungsvorschriften zwar meist durch die Worte „im Zweifel", einmal durch das Wort „Auslegungsvorschriften" kenntlich gemacht (§ 186 BGB.). Indes sind auch Vorschriften, denen dieses äußere Kennzeichen fehlt, auch dann für Auslegungsvorschriften zu halten, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien über den fraglichen Punkt eine Anordnung treffen wollten, und nur deren Inhalt in Frage steht. So ist z. B. die Vorschrift des § 156 Satz 1 BGB., daß bei einer Versteigerung der Vertrag erst mit dem Zuschlage zustande komme, trotz des Fehlens der Worte „im Zweifel" eine Auslegungsregel; denn wer eine Versteigerung ankündigt, der will entweder nur andere auffordern, Angebote zu machen, so daß also der Vertrag erst mit dem Zuschlag geschlossen wird, oder schon selbst eine Offerte an den Höchstbietenden richten, so daß also jedes Gebot als (bedingte) Annahme erscheint. Nur der Zweifel, ob das eine oder das andere beabsichtigt sei, wird durch § 156 Satz 1 BGB. aufgeklärt."

Dieser Streit hat dahin geführt, daß die meisten im § 156 BGB. entgegen Enneccerus eine Dispotisivvorschrift erblicken, so Planck [1]), Oertmann [2]), v. Staudinger [3]).

Diese Kontroverse über den rechtlichen Charakter der Ankündigung der Versteigerung in Hinsicht auf § 156 BGB. würde nach v. Tuhr und Windscheid-Kipp überflüssig sein, da sie einen praktischen Unterschied zwischen Dispositivvorschrift und Auslegungsregel überhaupt leugnen [4]).

Nach Unger [5]) liegt auch im folgenden Fall unzweifelhaft der Wille, gebunden zu sein, also eine Offerte vor [6]). Nach Unger kommt es bei freiwilligen Versteigerungen nicht selten vor, daß der die Versteigerung Ankündigende den Minimalpreis, um den er die Sache herzugeben entschlossen ist, festsetzt. In dem Versteigerungstermin selbst sucht er dann durch „Licitieren" womöglich ein höheres Gebot zu erzielen. Nach ihm offeriert hiermit der Versteigerer seine Sache zu dem festgesetzten Preise, und der Vertrag kommt nicht erst durch den Zuschlag, sondern sofort durch die Erklärung der Kauflustigen, den festgesetzten (oder höheren) Preis geben zu wollen, zustande. Er kann die Sache nicht etwa wieder zurückziehen, sondern diese bleibt dem Bieter. Gleicher Ansicht wie Unger für den Einzelfall auch Rösen [7]).

Wenn jemand in der Ankündigung der Versteigerung erklärt, daß er die zu versteigernden Gegenstände zu jedem Preise, der ihm geboten wird, abgeben werde, so ist mit der Ankündigung bereits eine gültige, bindende Offerte entstanden, und demnach wird mit jedem Gebot der Bieter der Vertrag perfekt. Ein solcher Fall tritt namentlich dann ein, wenn ein Kaufmann seine

[1]) Planck Bd. I, S. 405, 2.
[2]) Oertmann Bd. I zu § 156, Anm. 3.
[3]) v. Staudinger Bd. I zu § 156, Anm. 6.
[4]) v. Tuhr, Der allgemeine Teil d. Dtsch. Bürgerl. Gesetzb. Bd. II, 1, S. 491, Anm. 207; Windscheid-Kipp Bd. I, S. 449; desgl. Günther-Hein S. 17.
[5]) Unger S. 135 in Jher. Jahrb.
[6]) Windscheid-Kipp S. 265.
[7]) Rösen S. 26.

unverkauft gebliebenen Warenbestände — sog. Ladenhüter —, um sein Lager zu räumen, versteigert [1]).

In den Versteigerungsankündigungen pflegt sich häufig die Wendung zu finden, „die Sache solle an den Meistbietenden verkauft werden". Diese Ausdrucksweise hat man als eine beabsichtigte Offerte des Versteigerers ausgelegt [2]). Je nach den Umständen des Einzelfalles ist m. E. eine solche rechtliche Konstruktion gar nicht gekünstelt, sondern durchaus angängig.

Nach Kindervater — und dessen Ansicht auch teilend Biermann und Meissner — (Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren in Jher. Jahrb. Bd. 32, S. 314; Meissner S. 13/14), der, wie bereits hervorgehoben, die Ankündigung der Versteigerung mit dem Ausgebot des Versteigerers identifiziert, ist die Versteigerungsankündigung stets eine Offerte [3]). Hiergegen wendet sich Jhering [4]), indem er sagt, daß man in der Versteigerungsankündigung keine Offerte erblicken könne, die den Versteigerer nach irgendeiner Seite hin binde. Vielmehr bilde erst das Gebot des Steigerers eine Offerte.

Vielleicht, so wird von einer anderen Seite [5]) offen gelassen, kann man sagen, daß, weil der Versteigerer die Versteigerungsbedingungen bekannt gibt, also ankündigt, er beabsichtige, unter eben diesen Bedingungen den Zuschlag dem Meistbietenden zu erteilen, er also den Bietern gegenüber gebunden ist.

Desgleichen kann man den Umständen gemäß in der Versteigerung von oben nach unten, oder wie man sie auch nennt, bei der Versteigerung mit Herabbieten [6]), in der Ankündigung der Versteigerung nur eine Offerte ersehen. Diese Art der Versteigerung, die weit seltener ist [7]), steht im Gegensatz zur Versteigerung von unten nach oben. Bei letzterer ist es Brauch, daß die Steigerer im Preise höher gehen, während bei ersterer der Versteigerer in bezug auf den zu verkaufenden Gegenstand einen bestimmten, möglichst hohen Preis festsetzt und so lange mit dem Preise herabgeht, bis sich ein Bieter findet, der gewillt ist, den Gegenstand zu dem vom Versteigerer genannten Preise zu erwerben [8]). Für diesen Fall der Versteigerung von oben nach unten scheint also die Annahme einer Offerte durch den die Versteigerung Ankündigenden näher zu liegen, als im Falle der Versteigerung von unten nach oben. Es dürfte meiner Ansicht nach sogar im Zweifel hier für eine Offerte zu entscheiden sein [9]), da es dem Versteigerer auf die Person des Bieters nicht ankommen wird und andererseits sein Preisansatz bereits alle Kriterien einer wirksamen Offerte objektiv erfüllt. Oertmann [10]) will in diesem Falle die Barzahlungspflicht des Bieters als selbstverständlich unter-

---

[1]) Aehnlich Lungstras S. 33; desgl. Hadenfeld S. 44.
[2]) Lungstras S. 34; Regelsberger S. 171.
[3]) Frensdorf S. 18.
[4]) Jhering Jahrb. Bd. 7, S. 166 ff.
[5]) Frensdorf S. 27.
[6]) Rösen S. 27.
[7]) Beumann S. 29.
[8]) Beumann S. 29.
[9]) Rösen S. 27 würde auch so urteilen.
[10]) Oertmann Bd. I, Allgem. Teil, 2. Aufl. Berlin 1908. S. 476 3 c.

stellen, ein Gesichtspunkt, der mir zugunsten und zum Schutze des Versteigerers durchaus als zutreffend erscheint.

So sind wir an dem Punkt angelangt, der gerade bei der Versteigerung große Kontroversen hervorgerufen hat. Wir haben gesehen, daß die Versteigerung nur eine eigentümliche Einleitungsform zu einem der Schuldverträge darstellt. Was nun in der Offerte offeriert, angeboten wird, ist nicht das Versprochene, sondern die Abschließung eines solchen Vertrages. Der Offerent bietet die Willenserklärung selbst an, die für den Oblaten insofern von Wert ist, als er sie möglicherweise zu einem Vertrage als Material verwenden kann[1]). Und man pflegt die Schließung eines solchen Vertrages im allgemeinen nur einer bestimmten Person, einem bekannten Gegenkontrahenten, anzubieten. Im Falle der Ankündigung der Versteigerung richtet sich diese als Offerte aber an einen mehr oder minder großen Kreis unbestimmter Personen, da bis zur Zeit der Annahme der Offerte des Versteigerers die Person des einen Kontrahenten subjektiv und objektiv unbestimmt ist, weil eben die Merkmale, welche sie bestimmen sollen, bei mehreren zutreffen können.[2]) Man spricht in diesem Falle von einer Offerte ad incertam personam. Ist eine solche überhaupt zulässig?

Zunächst sollte man meinen, daß der Antrag nach § 145 BGB. als empfangsbedürftige einseitig verpflichtende Willenserklärung im Sinne des § 130 BGB.[3]) nur an eine ganz bestimmte Person gerichtet werden kann. Aber dem ist zu widersprechen.[4])

α) obwohl sie an eine persona incerta gerichtet ist:

Für das römische Recht kann man wohl sagen, daß es nicht gestattet hat, mit einer persona incerta zu kontrahieren. Vor allem Kindervater und Jhering sagen, daß die Offerte ad incertam personam in Rom — mit Ausnahme auf dem Gebiete des Eigentums- und Erbrechts — unzulässig sei. Kindervater und Tentler berufen sich zur Begründung ihrer Ansicht auf eine Stelle Julians, in der es heißt: „si ita stipuletur: Titio decem, aut Maevio fundum dare spondes? quia incertum est, utri eorum acquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est" (l 10. D. de serv. stip. (45, 3); l 21. eod.).[5]) Demnach könnte die Ankündigung der Versteigerung in Rom niemals als eine Offerte ad incertam personam gelten. Der Zuschlag brachte daher in Rom erst den Vertrag in der Versteigerung zur Perfektion, und nicht das Gebot der Bieter. Eine Anerkennung findet letzteres auch in einer Stelle des Ulpian, der sich dahin ausspricht: „si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur, an sit cognitio eiusdem judicis, qui sententiam executus fuerit, videndum est; et quum semel emptio perfecta sit, eiusque, qui comparavit, periculum

---

[1]) Marrson S. 18.
[2]) Rösen S. 14.
[3]) Rösen S. 31.
[4]) Stülpnagel S. 20.
[5]) Kindervater: Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung. Jher. Jahrb. Bd. 7. S. 5 und Tentler S. 13.

vertatur, non puto locum esse cognitioni" (1. 15. 56 D. de re jud.; 42, 1).[1]) Weil nun in Rom auf dem Gebiete des Eigentums- und Erbrechts eine Offerte ad incertam personam anerkannt war, kommen andere zu dem Ergebnis, daß in den Quellen zwingende Beweise für oder gegen eine solche Offerte nicht zu finden sind, so daß man nicht berechtigt sei, prinzipiell die Zulässigkeit der Offerte ad incertam personam für das römische Recht zu behaupten oder zu verneinen.[2])

Auch im gemeinen Recht ist die prinzipielle Zulässigkeit der Offerte an eine nicht bestimmte Person überaus bestritten. Die einen sind grundsätzlich dafür, weil sie auch für das römische Recht dieselbe annehmen (so Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. 1891 § 308 und Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893, S. 548, u. a.), die andern, welche sie für das römische Recht ablehnen, wollen teils wenigstens für die reinen römischen Obligationsformen auf ihrem Standpunkt beharren (so Jhering in seinen Jahrbüchern, Bd. 7, S. 379) — wobei Sohm[3]) nach Regelsberger mit Recht einwendet, daß eine solche Unterscheidung undurchführbar ist —, teils ihn für das gemeine Recht aufgeben (so Kindervater in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 10; Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen, 1. Heft, Weimar 1868). Savigny[4]) hat die Offerte ad incertam personam rundweg verneint, aber bei Behandlung der Versteigerung ausnahmsweise eine Offerte ad incertam personam zugelassen.

Schon Dernburg[5]) sagte, daß man meistens von der Versteigerung und Auslobung ausgehen müsse, — wobei bei letzterer gesagt werden muß, daß sie jetzt aus diesem Bereich auszuscheiden hat, weil sie heute einen Fall des einseitigen verpflichtenden Rechtsgeschäfts darstellt und gewissermaßen dazu berufen ist, die Offerte ad incertam personam zu ersetzen[6]) —, um Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage der Offerte ad incertam personam zu gewinnen. Und das m. E. mit Recht, denn der Versteigerung ist eben eigentümlich das Sichwenden der einen Seite an eine unbestimmte Mehrheit von Personen.[7]) Von dieser Offerte sagen uns die Motive,[8]) daß ihre Behandlung offen bleibe. Wir müssen also für das BGB. die prinzipielle Zulässigkeit der Offerte ad incertam personam annehmen.

Neuere Autoren, z. B. Rehbein[9]) und Frensdorf,[10]) würden die Versteigerungsankündigung keinesfalls als gültige Vertragsofferte gelten lassen, jedenfalls letzterer so lange noch nicht, als noch keine Annahme durch ein Gebot der Bieter erfolgt ist, da er ihr vor der Annahme noch keinen selbständigen Charakter zuspricht, wie einer gewöhnlichen Offerte ad certam personam. Sie sind

---

[1]) Kindervater: eod. S. 7.
[2]) Stricker S. 18.
[3]) Sohm S. 67.
[4]) Savigny S. 88 ff.; Neumond S. 171.
[5]) Dernburg: Obligationenrecht Preußens, S. 26; Stricker S. 28/29.
[6]) Stricker S. 28.
[7]) Aehnlich Düringer-Hachenburg S. 87.
[8]) Motive zum BGB. I S. 167.
[9]) Rehbein S. 210.
[10]) Frensdorf S. 31 ff.

also gegen die rechtliche Wirksamkeit der Offerte ad incertam personam, und zwar wegen mangelnder Bestimmtheit der Person des Gegenkontrahenten. Nicht etwa ist Frensdorf deshalb dagegen, weil zum Dasein der in der Ankündigung der Versteigerung liegenden Offerte — wie man wohl meinen könnte — als einer empfangsbedürftigen Willenserklärung die Empfangnahme seitens des Oblaten erforderlich ist. Diese Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit ist nämlich nach ihm erfüllt. Denn alle diejenigen Personen, an welche die Ankündigung gerichtet ist, aus deren Mitte sich der Antragsgegner bestimmen soll,[1]) haben als Empfänger der Willenserklärung zu gelten und unter ihnen auch der demnächst als Oblat in der Versteigerung Auftretende.

Wohl aber gehört es nach Rehbein und Frensdorf zur Voraussetzung einer rechtlich wirksamen Offerte, daß die Person des Oblaten bestimmt ist. Und solange diese Voraussetzung nicht gegeben ist, liegt eben keine Offerte vor. Die Folge davon wäre, daß von einer Verpflichtung des die Versteigerung Ankündigenden auf Grund der nicht gültigen Offerte nicht die Rede sein könnte. Wenn daher die Bestimmtheit des Oblaten Voraussetzung der Offerte ist, so kann bei bloßer Bestimmbarkeit desselben noch keine vollgültige Offerte vorliegen. Erst mit dem Moment der Annahme, in dem sich der Oblat zum Oblaten macht dadurch, daß er seine Person bestimmt, kann man diese fehlende Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Annahme als gegeben ansehen. Perfektion und Annahme der Offerte fallen demnach nach Frensdorf in einer Handlung zusammen.

Interessant ist nun, festzustellen, wie das Rechtsgebilde beschaffen ist, das vor der Perfektion der Offerte nach Frensdorf vorhanden ist. Dieses Rechtsgebilde konstruiert er als eine bis auf die Bestimmung des Gegenkontrahenten zur Offerte fertige Willenserklärung, bezüglich derer der die Versteigerung Ankündigende verpflichtet ist, einem andern die Einsetzung seiner Person zu überlassen und außerdem, was das wichtigste ist, an ihrem Inhalt bis zu dieser Einsetzung gebunden zu sein. Diese Verpflichtung will er darauf beruhen lassen, daß die Willenserklärung, die wegen der mangelnden Bestimmtheit des Oblaten noch keine vollgültige Offerte ist, Geltung für sich beansprucht auf Grund des das Rechtsleben beherrschenden Grundsatzes der bona fides.

Diese Konstruktion der Offerte ad incertam personam seitens Frensdorfs bei der Behandlung der Lehre von der Versteigerung ist m. E. allzu gekünstelt, führt im Grunde genommen auch zum selben Ergebnis, wie wenn er die Gültigkeit der Offerte ad incertam personam anerkennen würde, da er ja auch bei seiner Konstruktion zu einer Gebundenheit des Versteigerers den Bietern gegenüber gelangt.

Aber der Ansicht Rehbeins und Frensdorfs ist entgegenzuhalten, daß die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit einer noch unbestimmten, aber bestimmbaren Person grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. Es besteht daher sehr wohl die Möglichkeit, eine

[1]) Im wesentlichen so auch Stricker S. 61.

sofort ohne die Annahmehandlung bindende Offerte einer noch ungewissen Person zu machen.[1]) Man kann hiergegen nicht einwenden, daß die Unkenntnis der Individualität desjenigen, welchem man sich verpflichten will, die Absicht ausschließe, sich ihm, wer er auch sei, gebunden zu haben.[2]) Das ist nach Windscheid[3]) besonders bei der Versteigerung der Fall.

Auch kann man nicht sagen, daß der Versteigerer bei Annahme einer Offerte ad incertam personam alle etwa später erfolgenden Gebote der Bieter anticipiert annehme. Das wäre mit Recht nach Oertmann und Neumond eine unannehmbare Vorstellung.[4])

Man kann daher feststellen, daß die Ansichten, die sich gegen die Zulässigkeit einer Offerte ad incertam personam aussprechen, vielfach auf der Verkennung der Tatsache beruhen, daß diese in Wirklichkeit nur an einen Einzigen gerichtet ist, nämlich an denjenigen, der annehmen wird, so daß gerade deshalb auch die Offerte ad incertam personam eine Offerte an einen hinreichend bestimmten Vertragsoblaten ist. Des weiteren beruhen m. E. die die Offerte ad incertam personam verurteilenden Meinungen auf einer Verwechselung der Offerte ad incertam personam mit der Offerte ans Publikum, deren Abgrenzung, wie man zugeben muß, von ersterer nicht immer leicht zu machen ist. Bei der Offerte ans Publikum kommen nicht ein einzelnes Individuum, nicht mehrere einzelne Personen, die im voraus der Zahl nach bestimmbar sind, als Accipienten in Betracht, nein, zu einer unbestimmbaren Zahl können hier diejenigen anwachsen, denen gegenüber der Offerent sich durch seinen Antrag gebunden hat. Dieser Begriff der Offerte ans Publikum hat bei manchen Mißfallen und die Meinung verursacht, sie überhaupt nicht als Offerte anzusehen, sondern das, was diesen Namen führt, für bloße invitatio ad offerendum zu halten.[5]) Diese Auffassung Neumonds findet auch eine Stütze bei Behandlung der Versteigerung von Rösen.[6]) Rösen bespricht die Ansicht Biermanns,[7]) der bei den Offerten ans Publikum dem Offerenten ein Zurückweisungsrecht „ex iusta causa" gibt gegen die Akzeptation. Durch die Aufstellung dieses Zurückweisungsrechtes des Offerenten werden derartige Offerten ans Publikum nach Rösen das, was sie in Wirklichkeit sind: unverbindliche „invitationes ad offerendum". Die auf den ersten Blick große Aehnlichkeit der Offerte ans Publikum und der Offerte ad incertam personam, glaube ich, hat mit dazu beigetragen, daß sich, wie oben gezeigt, manche Autoren gegen die Offerte ad incertam personam aussprechen.

Eben der besondere Wille, daß die Annahmehandlung den Oblaten bestimme, macht das allein Charakteristische des Pacis-

---

[1]) RGR Komm. Anm. 1 zu § 145 BGB.
[2]) Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, S. 5.
[3]) Windscheid-Kipp Bd. 2, S. 262/63.
[4]) Oertmann, Allgemeiner Teil des BGB. 2. Aufl. 1908. Anm. 2 zu § 145 BGB.; Neumond S. 174.
[5]) Neumond S. 182.
[6]) Rösen S. 29/30.
[7]) Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren in Jher. Jahrb. Bd. 32, S. 314 ff.

cierens mit einer persona incerta aus. Es erhellt damit sogleich, daß irgendeine innere Schwierigkeit für den sog. Vertragsschluß mit einer persona incerta nicht existiert. So kann man denn sagen, daß die Offerte ad incertam personam eine rechtskräftige Offerte ist, weil sie eine Offerte an eine einzige, nach dem Inhalt der Offerte selbst sich bestimmende Person, d. h. in dem Sinne, in dem die Offerte einen bestimmten Oblaten fordert, eine Offerte ad certam personam ist.[1])

Ein besonderes Argument für die Zulässigkeit der Offerte ad incertam personam bei der Ankündigung der Versteigerung ist noch der Umstand, daß die Merkmale, die den einen Kontrahenten bestimmen, in der vom Versteigerer vorgeschriebenen Form der Annahme, eben in dem alleinigen Meistgebot, liegen.[2])

β) obwohl der Preis unbestimmt ist:

Wegen der zweiten Frage, ob der Preis bestimmt sein müsse, ist das Versteigerungsgeschäft wieder unter den Regeln des Vertrages zu betrachten. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit muß es erlaubt sein, daß die Parteien vereinbaren, der Preis solle vom Käufer, hier vom Bieter, bestimmt werden. Diese für das BGB. anerkannte Tatsache muß nach Oertmann und Stülpnagel auch hier bestehen bleiben.[3])

Das Argument gegen die Zulässigkeit der Offerte ad incertam personam bei der Versteigerung, weil das pretium certum fehle, ist die Konsequenz der nicht zu billigenden Theorie, daß zur Akzeptation einer Offerte das einfache „Ja" genügen müsse, so Thöl.[4]) Aehnlich ist die Meinung Jherings[5]): „Die Ankündigung einer Versteigerung enthält ebensowenig eine Offerte, wie die Zusendung eines Preiscourants; jene nicht, weil sie den Preis, diese nicht, weil sie das Quantum der Ware unbestimmt läßt. Der gleichen Ansicht ist auch von Neueren Frensdorf,[6]) der bei Behandlung der Versteigerung sagt: „Sobald der Gegenkontrahent noch nicht mit einem einfachen „Ja" auf den Vorschlag des Versteigerers zu antworten in der Lage ist, wird es meistens so sein, daß der Gegenkontrahent seinerseits als Offerent auftritt und es dem Versteigerer überläßt, den nunmehr von ihm als Offerenten gestellten Vertragsantrag anzunehmen oder abzulehnen. Er will also eine Bindung des Versteigerers nicht annehmen. Gegen diese Ansicht wendet sich auch Regelsberger,[7]) der sie als zu eng bezeichnet.

Vor allen Dingen ist aber besonders bei der Versteigerung zu bemerken, daß die Gegenleistung, also der Preis, sich typisch gerade aus einem künftigen äußeren Umstand, nämlich dem der

---

[1]) Sohm S. 62.
[2]) Rösen S. 36; Lungstras S. 24.
[3]) Oertmann, Kommentar zum BGB. zu § 315; Stülpnagel S. 21.
[4]) Thöl S. 771; Tentler S. 16.
[5]) Jhering, Bemerkungen zu der Abhandlung I über die Lehre von den Versteigerungen in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 177.
[6]) Frensdorf S. 29 und die dort Zitierten.
[7]) Regelsberger, Erörterungen, S. 50.

Versteigerung eigentümlichen Höchstgebot, von selbst ergibt,[1]) und daß die Versteigerung von jeher als das sicherste und beste Mittel angesehen wurde, das „iustum pretium" zu erzielen,[2]) ein Zweck, der bekanntermaßen fast ausnahmslos erreicht wird, wogegen sich freilich Jhering wendet.[3])

So ist also auch die Einwendung, daß die Offerte nicht imstande sei, den Zweck der Versteigerung zu verwirklichen, wie aus vorstehendem hervorgeht, damit abzutun, daß innere, der Natur der Versteigerung selbst entnommene Gründe dieser Auffassung nicht entgegenstehen.[4]) Des weiteren spricht gegen diese Einwendung auch der Umstand, daß in der Versteigerung, wie unten noch ausgeführt wird, der Vertrag nur bedingt geschlossen wird, von dem Rösen[5]) sagt, daß er dem Zweck der Versteigerung gerade gerecht wird. Hierzu sei bemerkt, daß die Motive zum BGB.[6]) diesen Standpunkt im allgemeinen eher verneinen als anerkennen, und daß der Zweck der Auktion es keineswegs erfordert, daß sich der Ankündigende im voraus verpflichte, das höchste Gebot anzunehmen.[7])

Des weiteren ist gerade bei der Versteigerung gegen die Offerte ad incertam personam eingewendet worden, daß mehrere Personen ein gleich hohes Preisangebot abgeben können. Dieser Einwand ist m. E. unerheblich, denn mit Recht hat Stricker[8]) hiergegen ausgeführt, daß gar keine gültige Annahme in diesem Falle zustande komme. Denn es ist überhaupt meinem Willen nicht genügt, der ein höchstes Gebot verlangte. Daher liegt auch meiner Ansicht nach kein Bedenken vor, gegen eine Offerte an den, der zuerst annimmt. Denn nehmen mehrere zu gleicher Zeit an, so hat keiner zuerst angenommen und die Offerte erlischt.

So hat der Zweifel Jherings sich nicht bewahrheitet, daß die Praxis und Gesetzgebung jemals diesen Schritt zum Kontrahieren mit personae incertae tun würde.[9]) Und gerade die Autoren, wie z. B. Savigny, die im allgemeinen derselben Ansicht huldigten, erkannten die Möglichkeit einer Offerte ad incertam personam mit Bezug auf den Preis ausnahmsweise an.

Es ist daher festzuhalten: Geht der Wille des Versteigerers dahin, eine Offerte zu machen, die von jedermann angenommen werden kann, der seinen Bedingungen entspricht, so hat die Rechtswissenschaft keinerlei Veranlassung, die Gültigkeit solcher Anträge, die, wie gezeigt, in der Ankündigung der Versteigerung

---

[1]) Lungstras S. 24.
[2]) Tentler S. 10.
[3]) Kindervater, Entgegnung auf die Bemerkungen Jherings zu der Abhandlung I. über die Lehre von der Versteigerung. Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 369/70.
[4]) Lungstras S. 28.
[5]) Rösen S. 40.
[6]) Motive I S. 177.
[7]) Jhering, Bemerkungen zu der Abhandlung I über die Lehre von den Versteigerungen. Bd. 7 Jher. Jahrb., S. 173.
[8]) Stricker S. 43.
[9]) Stricker S. 25; Jhering, Bemerkungen zu der Abhandlung I etc. Bd. 7, S. 173.

liegen kann, zu bezweifeln.[1]) Und Windscheid[2]) sei noch angeführt, der sagt: „Ich glaube nicht, daß ein deutsches Gericht aus theoretischen Gründen dem Versteigerer die Befugnis zum Rücktritt zugestehen würde, trotz seiner unzweifelhaften Erklärung, gebunden sein zu wollen."

Wenn nun im Einzelfalle die Ankündigung der Versteigerung eine Offerte ist, so ist der Versteigerer gebunden. Er wäre also verpflichtet, die Versteigerung stattfinden zu lassen und den Zuschlag dem Meistbietenden zu erteilen. Das Gebot der zur Versteigerung zugereisten Bieter hat alsdann als Annahme der Offerte des Versteigerers zu gelten, so daß hiermit und nicht erst mit dem Zuschlage entgegen der Bestimmung des § 156 BGB. der Vertrag über die Versteigerungsobjekte perfekt wird. Denn wenn auch der Zuschlag bei den Versteigerungen meist Sitte ist, so ist das jedenfalls kein Beweis dafür, daß erst mit diesem Zeitpunkt die Perfektion des Vertrages eintrete.[3]) Und zwar ist der Zuschlag dann nur ein symbolisches Zeichen dafür, daß der Akt des Licitierens als beendet anzusehen und ein späteres Gebot nicht mehr zu beachten sei, daß mithin der letzte Bieter Meistbietender geblieben und dadurch der bedingte Vertrag in einen unbedingten übergegangen ist.[4]) Denn der Vertrag wird unter einer Bedingung,[5]) und zwar, wie die meisten annehmen,[6]) die sich mit dieser Spezialfrage beschäftigt haben, unter einer Resolutivbedingung geschlossen dahingehend, daß bis zum Ablauf der zum Bieten bestimmten Frist kein besseres Gebot abgegeben wird, so daß, wie bereits oben gesagt, der Zweck der Versteigerung auch bei Annahme einer Offerte seitens des Versteigerers ausnahmslos erreicht wird.[7]) M. E. muß man sich für eine Resolutivbedingung entscheiden. Denn wenn man — wie Rösen bemerkt — die Resolutivbedingung als eine solche definiert, die die Vernichtung eines Rechtsverhältnisses, das zunächst als unbedingtes in Wirksamkeit tritt, abhängig macht von einer zukünftigen ungewissen Tatsache, so wird man sich wohl mit Brinz und Seuffert dafür entscheiden müssen, daß bei dem Versteigerungsvertrag eine Resolutivbedingung vorliegt. Denn es entsteht ein Rechtsverhältnis infolge des durch das Gebot des Bieters mit dem Versteigerer abgeschlossenen Vertrages.

Die Bieter als Adressaten der Versteigerungsankündigung könnten daher die Offerte zur Basis ihrer Operationen, also ihrer Aufwendungen, machen.[8]) Aus der Bindung würden sich für den Versteigerer gewisse Verpflichtungen ergeben. Er wäre schon vor dem Gebot der Bieter in der Versteigerung nach v. Tuhr und Crome verpflichtet, dafür zu sorgen, daß für ihn keine Rechtslage

---

[1]) Stülpnagel S. 20 im wesentlichen so.
[2]) Windscheid-Kipp Bd. II, S. 263.
[3]) Lungstras S. 25.
[4]) Lungstras S. 54; Matthias S. 103.
[5]) Enneccerus Bd. I, S. 404.
[6]) Rösen S. 40; Jahnke S. 25 und 31; Günther-Hein S. 20; Matthiass S. 103; Beumann S. 15. Eine Suspensivbedingung nehmen die bei Rösen S. 43 Zitierten und Stricker S. 21 an.
[7]) Rösen S. 40.
[8]) Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4, S. 87.

eintritt, die seiner Bindung aus der Offerte widerspricht, insbesondere also darf er die Gegenstände der Versteigerung nicht anderweit veräußern, weil er dadurch den Bietern unmöglich macht, das Meistgebot abzugeben.[1])

b) eines Chancenvertrages:

Es hat zum mindesten der Bieter, der zum Versteigerungsort zureist, das Interesse, daß er gerade durch die öffentliche Veranstaltung der Versteigerung als Käufer hinreichend Gelegenheit hat, sich über den Wert der zu versteigernden Sachen genau zu unterrichten.[2]) Er rechnet darauf, daß, wer öffentlich die Absicht geäußert hat, zu verkaufen, in Wirklichkeit auch die Geneigtheit besitze, die Sachen zu irgend annehmbaren Preisen loszuschlagen.[3]) Auch ist zu berücksichtigen, daß sich in der Regel eine genügende Anzahl zahlungsfähiger Kauflustiger einzufinden pflegt, welche, wenn sie einmal ein Gebot abgegeben haben, auch wirklich für dasselbe die feilgebotene Ware zu kaufen beabsichtigen.[4]) Schließlich ist auch zu erwähnen, daß der Steigerer seinen Anspruch auf Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen bei nicht stattfindender Versteigerung nicht darauf stützt, daß er eines der Versteigerungsobjekte erworben haben würde, sondern darauf, daß ihm die Möglichkeit, die Chance der Abgabe eines Gebots in dem Versteigerungstermin abgeschnitten worden ist.[5])

Es wäre daher nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit gerade bei der Behandlung unserer Frage möglich eine vertragliche Abmachung des Inhalts, daß der Versteigerer sich durch die Versteigerungsankündigung nicht etwa dem Meistbietenden gegenüber verpflichte — was, wie wir im Laufe der Abhandlung gesehen haben, durchaus möglich ist —, sondern daß er lediglich jedem auf der Versteigerung Erscheinenden diese Chance gewähren wolle, Versteigerungsobjekte zu erwerben. Im Rahmen dieser Abmachung könnte von einer vertraglichen Verpflichtung zur Abhaltung der Versteigerung die Rede sein. In diesem Falle wäre in Gemäßheit des § 151 BGB. dieser Vertragsschluß durch jede auf das Erscheinen hinzielende Handlung des Adressaten der Versteigerungsankündigung als Vertragsannahme zu werten. Sollte also die vertragliche Abmachung auf Gewährung einer solchen Chance gehen, und demgemäß die Vertragsannahme bereits in der Abreise der Bieter zum Versteigerungsort zu finden sein, so würde das Unmöglichmachen der Versteigerung durch anderweitige Veräußerung der Versteigerungsobjekte seitens des Versteigerers sich gegebenenfalls als anfänglich zu vertretende Unmöglichkeit, oder, falls die Veräußerung erst nachträglich erfolgte, also nach dem Reiseantritt der Steigerer, als nachfolgende zu vertretende Un-

---

[1]) v. Tuhr Bd. II, 1 S. 487 und Anm. 15, S. 487; Crome Bd. I, S. 398

[2]) Rösen S. 68.

[3]) Jhering, Bemerkungen zu der Abhandlung I etc. in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 176.

[4]) Kindervater, Entgegnung auf die Bemerkungen Jherings zu der Abhandlung I über die Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 369/70.

[5]) So auch bei der Auslobung Windscheid-Kipp Bd. II, S. 260, Anm. 7.

möglichkeit der Leistung mit der Folge einer Schadensersatzpflicht des Versteigerers anzusehen sein.

c) eines Garantievertrages:

Unsere Frage weist große Aehnlichkeiten auf mit der Rechtslage derer, die in Bezug auf eine an sie gerichtete Offerte Aufwendungen gemacht haben, die sich aber als nutzlos herausstellten wegen nachträglichen Widerrufs der Offerte, der im gemeinen Recht dem Antragenden concediert wurde. Unter der Herrschaft dieses Rechts suchte man in einem solchen Falle den Antragenden bei Widerruf seines Antrags den Oblaten gegenüber ersatzpflichtig zu machen auf Grund eines Garantieversprechens. Es wurde gelehrt, daß in jeder Offerte zugleich ein Anerbieten der Garantie zu finden sei, für die Schäden aufzukommen, die dem Antragsempfänger aus einem etwaigen Widerruf der Offerte erwachsen würden.[1])

Man kann daher gegebenenfalls in der Versteigerungsankündigung, besonders wenn sie von einem Kaufmann innerhalb eines bestimmten, mit ihm in Geschäftsverbindung stehenden Interessentenkreises, z. B. Kundenkreises — denn wie bereits oben angedeutet ist, kann die Ankündigung der Versteigerung nach Beumann sich an alle Interessenten schlechthin oder nur an einzelne bestimmte Personen wenden[2]) —, bei Liebhaberobjekten, z. B. Kunstgegenständen, ausgeht, eine Garantieübernahme des Versteigerers dahin erblicken, daß die Steigerer zur demnächst vorzunehmenden Versteigerung die Reise zum Versteigerungsort oder sonstige Aufwendungen ruhig machen können in dem Sinne, daß sie im Hinblick auf die Versteigerung nicht nutzlos seien. Kurz kann dies so bezeichnet werden als Garantie, daß der Versteigerer die Versteigerung stattfinden läßt. Der Unterschied zwischen dem eben behandelten Chancenvertrag und diesem unter c) charakterisierten Vertrage besteht darin, daß bei vertragsmäßiger Chancenbestellung alle den Steigerern etwa entstandenen Schäden gegebenenfalls zu ersetzen wären, während im Falle eines reinen Garantievertrages der Ersatz nur der Aufwendungen, insbesondere etwa der Reise- und Unterhaltungskosten, in Betracht käme.

II. Das Ergebnis ihrer Bedeutung nach Wissenschaft und Praxis ist im allgemeinen die einer invitatio ad offerendum.

Bevor aber auf die Spezialisierung eines der etwa hier vorliegenden Verträge einzugehen wäre, muß untersucht werden, ob in generali die allgemeinen Tatbestandsteile eines Vertrages überhaupt vorliegen, also insbesondere eine Offerte. In Einzelfällen ist das Vorliegen einer solchen als von der Absicht des Versteigerers abhängig,[3]) ohne daß es nach Lungstras hierfür einer ausdrücklichen Erklärung bedürfe,[4]) schon im vorhergehenden bejaht worden.

---

[1]) Thon S. 73.
[2]) Beumann S. 34.
[3]) Regelsberger, Erörterungen, S. 170.
[4]) Lungstras S. 34.

In generali ist nun zu sagen, daß man der Ankündigung der Versteigerung nicht die Bedeutung einer Offerte beilegen kann, sondern es ist den Motiven [1]) recht zu geben, sie als eine invitatio ad offerendum anzusehen, da diese Gestaltung der Auffassung des Lebens am meisten entspricht. Diese Auffassung der Aufforderung zur Stellung von Offerten entspricht aber auch den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation. Abgesehen davon, daß in dubio immer das für den Erklärenden Mildere, also das den Versteigerer weniger Beschränkende anzunehmen ist, kommt hier vor allem nach Jhering der Satz (1. 67. de R. J.; 50. 11.) zur Anwendung, daß man sich im Falle einer Zweideutigkeit für denjenigen Sinn zu entscheiden habe, der „rei gerendae aptior est".[2])

Auch enthält der § 156 BGB. nach Enneccerus [3]) die Vorschrift, daß das Anerbieten zu einer Versteigerung, also gerade die Ankündigung einer Versteigerung, für die Mehrzahl der Fälle nicht als Offerte aufzufassen ist, sondern daß erst das Gebot seitens der Bieter als Offerte zu gelten hat. Desgleichen urteilt Jhering [4]) in diesem Sinne, der ja überhaupt grundsätzlich gegen die Offerte ad incertam personam ist,[5]) indem er sagt: „Bei der Auktion wird die Aufforderung zu kontrahieren zwar in personam incertam gerichtet, aber wer derselben entspricht, bietet, offeriert, und der Versteigerer offeriert nicht, sondern akzeptiert".

Vorweg zu bemerken ist aber, daß die Ankündigung einer Versteigerung nicht zu identifizieren ist mit den sonstigen gewöhnlichen Ankündigungen in Annoncen, Katalogen etc. Letzteres geschieht häufig. Nach Frensdorf handelt es sich bei der Ankündigung der Versteigerung nur um eine Aufforderung zur Stellung von Vertragsanträgen, ebenso wie bei sonstigen Ankündigungen, beispielsweise bei der Zusendung von Preisverzeichnissen oder bei Bekanntgabe eines Fahrtarifs [6]). Dem tritt Düringer-Hachenburg [7]) entgegen, denn nach ihm ist der Versteigerung typisch das Auffordern des Versteigerers an eine unbestimmte Mehrheit, Offerten zum Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäft zu machen. Dadurch unterscheiden sich Versteigerungsverfahren von den anderen Anregungen zur Stellung von Offerten durch Kataloge und Annoncen. Bei diesen ist das Geschäft nur bezüglich des Gegenstandes bezeichnet. Es soll mit jedem Offerenten ein selbständiger Abschluß erfolgen. Das Ziel ist das Erreichen einer Reihe von Geschäften. Bei jener handelt es sich um einen einzelnen Kontrakt. Die Offerten sollen sich im Wettbewerb auf denselben beziehen.

---

[1]) Motive I. S. 177.

[2]) Jhering, Bemerkungen zu obiger Entgegnung in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 382; Lungstras S. 30; Hadenfeld S. 39.

[3]) Enneccerus Bd. I, S. 403.

[4]) Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in seinen Jahrbüchern Bd. 4, S. 97, Note 103.

[5]) Jhering, Bemerkungen zu der Abhandl. I etc. Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 173.

[6]) Frensdorf S. 26.

[7]) Düringer-Hachenburg S. 87/88.

Nach römischem Recht erzeugte die Ankündigung der Versteigerung keinerlei Verbindlichkeiten für den Versteigerer. Es konnte dieser den Termin der bereits angekündigten Versteigerung willkürlich verschieben oder aufheben. So heißt es bei Cicero ad Attic. XIII, 14: „quodsi laxius volent proferre diem, poterunt, vel biduum vel triduum, vel ut videbitur, nihil enim interest [1]). Weiter spricht dafür, daß nach römischem Recht der Versteigerer als nicht gebunden gilt, vor allem die 1. 2 C. si in causa iud. 8. 22. Denn hier ist die Möglichkeit einer Zurückziehung der Sache: „existente quidem emptore, sed non dignum pretium offerente" ausdrücklich anerkannt. Dafür sprechen auch die 1. 15 D. de re iud. 42. 1 und die 1. 9 pr. D. de publican. et vectig. 39. 4, nach denen die Perfektion des Vertrages erst mit dem Zuschlag erfolgt [2]).

Ebenso ist die Rechtslage im heutigen Recht [3]). Es wird heute ein großes Gewicht gelegt auf die begriffliche Abgrenzung der Ankündigung gegenüber der bindenden Offerte an eine nicht bestimmte Person. Die Ankündigung unterscheidet sich von der Offerte zunächst ganz allgemein dadurch, daß bei ihr kein direkt auf Vertragsschluß gerichteter Wille vorhanden ist, weil sich der Ankündigende noch selbst vorbehalten will, die Person seines Kontrahenten zu bestimmen [4]). So ist denn, wie gezeigt, im allgemeinen die Ankündigung eine unverbindliche Aufforderung zur Stellung von Offerten, eine invitatio ad offerendum, der an sich keine rechtliche Bedeutung beizumessen ist, es sei denn für den später in der Versteigerung abzuschließenden Vertrag [5]). Das galt schon gemäß Art. 337 des alten HGB., der keine Besonderheit des Handelsrechts war, sondern dem ganzen bürgerlichen Recht zugrunde lag [6]). Dieser Artikel bestimmte ausdrücklich: „Das Anerbieten zum Verkauf, (und um ein solches handelt es sich bei der Ankündigung der Versteigerung), das erkennbar für mehrere Personen und bei dem der Preis nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf [7]). Allerdings muß hier gesagt werden, daß diese Bestimmung, so z. B. u. a. nach v. Staudinger nur die Bedeutung einer Vermutung hatte, so daß im Einzelfall auch sehr wohl das an mehrere gerichtete Anerbieten ein gültiges Vertragsangebot darstellen konnte, dann nämlich, wenn es zugleich eine Offerte ad incertam personam im technischen Sinne war [8]), wie bereits oben dargelegt wurde.

Die Rechtstage dieses Artikels gilt auch im heutigen Recht [9]). Dessen Rechtssatz ist weder ins neue HGB., noch ins BGB. aufgenommen worden, weil er sich aus dem Begriff des Antrages als selbstverständlich ergibt [10]). Denn ein an mehrere Personen

---

[1]) Dieses Zitat verdanke ich Tentler, S. 14; Kindervater, Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung, Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 7.
[2]) Hadenfeld S. 41.
[3]) Lindemann-Soergel S. 203.
[4]) Stricker S. 41.
[5]) Staub-Koenige Bd. III, S. 403.
[6]) Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 246.
[7]) v. Staudinger Bd. I, S. 616 d.
[8]) Stricker S. 30.
[9]) Frensdorf S. 26.
[10]) Siméon-David Bd. I, S. 226.

zugleich gerichteter gleichlautender Antrag kann bloß dann angenommen werden, wenn aus dem Anerbieten in concreto die Bindungsabsicht hervorgeht[1]). Im allgemeinen ist aber eine solch bindende Absicht mit unmittelbar bindendem Geschäftswillen nicht anzunehmen, so daß der Versteigerer den Adressaten der Ankündigung gegenüber zur Abhaltung der Versteigerung oder zur Veräußerung an einen von ihnen für den Fall, daß dieser das Meistgebot abgibt, verpflichtet sei. Die Ankündigung der Versteigerung hat für die Mehrzahl der Fälle nur den Zweck, über die allgemeinen Versteigerungsbedingungen aufzuklären[2]). Das entspricht auch durchaus den Gewohnheiten des Handelsverkehrs. Denn handelsüblich ist es, sich nicht im voraus zu binden. Sagte doch schon Jhering bei Behandlung der Ankündigung der Versteigerung, „ein Kaufmann würde sich vor uns Juristen bekreuzen, wenn wir ihm aus seinen Ankündigungen verbindliche Offerten machen würden[3])".

Wir haben oben festgestellt, daß, wenn in der Ankündigung der Versteigerung ein Minimalpreis festgesetzt ist, viele, vor allen Dingen Unger[4]), stets eine Offerte annehmen. Hier ist in gleichem Sinne entschieden worden mit der Einschränkung, daß diese Möglichkeit im Einzelfalle sehr wohl denkbar und auch oft zu vermuten ist. Aber so verallgemeinernd, wie Unger es tut, darf man bei dieser Frage nun doch nicht vorgehen[5]). In generali muß man sich nach Reuling auch trotz des Minimalpreises für eine invitatio ad offerendum entscheiden[6]). Hat doch im allgemeinen ein solcher Minimalpreis keinen anderen Zweck, als geringeren Geboten, um die Versteigerungsverhandlung abzukürzen, von vornherein bis zu dieser Grenze die Aussicht auf eine etwaige Genehmigung abzuschneiden. Es hat also, um mit Reuling[7]) zu sprechen, der Minimalpreis lediglich eine negative Bedeutung. Wir finden auch häufig, daß ein solcher Minimalpreis nicht die bindende Absicht zeigt, den feilgebotenen Gegenstand zu dem festgesetzten Preise zu verkaufen, daß er vielmehr auch aus dem Grunde angesetzt ist, um zum Ueberbieten aufzufordern und anzureizen[8]). Man kann diesem auch aus dem Grunde beistimmen, da es doch eine ganz bekannte Tatsache ist, daß geriebene Versteigerer garnicht selten einen ganz niedrigen Minimalpreis festsetzen, um in der Versteigerung die Bieter zunächst einmal „gehörig warm zu machen". Daraus, daß ein solcher Minimalpreis zu einem Zuschlag verpflichten könne, denkt dabei nach Reuling niemand. Insbesondere auch nicht die Auktionatoren selbst. Solche Tatsachen des Verkehrslebens und die Meinungen der Sachverständigen sind es nach ihm aber, auf welche — wie auch

---

[1]) v. Staudinger Bd. I, S. 616 d.
[2]) Staub-Koenige Bd. III, S. 402/3.
[3]) Jhering, Bemerkungen zu der Abhandlung I etc., Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 175.
[4]) Unger, Jher. Jahrb. Bd. 8, S. 135.
[5]) Rösen S. 26.
[6]) Reuling, Jher. Jahrb. Bd. 10, S. 357.
[7]) Reuling, Jher. Jahrb. Bd. 10, S. 356; Regelsberger S. 171.
[8]) Tentler S. 17; Reuling S. 356.

Jhering [1]) und Regelsberger [2]), auf eigene Erkundigungen gestützt, hervorgehoben haben —, die juristische Beurteilung und Gestaltung eines Rechtsinstituts zu basieren ist. Gleicher Ansicht sind auch Rösen [3]), das Obertribunal in Stuttgart [4]), Regelsberger [5]), abweichend dagegen Puchta [6]), der sogar die bindende Natur des Minimalpreises für ein wesentliches Merkmal der Versteigerung hält.

Auch hat man den in den Ankündigungen der Versteigerung häufig sich findenden Ausdruck „die Sache solle an den Meistbietenden verkauft werden", wie bereits hervorgehoben, als eine beabsichtigte Offerte des Versteigerers ganz allgemein auslegen zu müssen geglaubt [7]). Aber auch dies ist in dieser Verallgemeinerung nicht zutreffend und kann auch trotz dieser Wendung an dem Vorliegen einer invitatio ad offerendum nichts ändern [8]). So sagte schon Jhering, daß die Ankündigung einer Auktion, selbst wenn sie mit dem Zusatz geschieht, es solle dem Meistbietenden die Sache zugeschlagen werden, nach heutigem Recht eine Verpflichtung, insbesondere eine Offerte des Versteigerers nicht begründe.[9]) An einer anderen Stelle [10]) äußert er sich in diesem Sinne unter Bezugnahme auf diesen Passus aber vornehmlich aus dem Grunde, da er sich allzusehr an dem Fehlen eines pretium certum stößt. Diese vorher erwähnte Wendung vermag nicht den Charakter der Ankündigung der Versteigerung zu bestimmen, da sie nur eine bloße Umschreibung oder nähere Beschreibung des Wortes „Versteigerung" ist.[11])

Jedenfalls geht meiner Ansicht nach viel zu weit die Meinung, die einige ältere Juristen vertreten haben (Schirmer „de voluntariis privatorum auctionibus apud veteres Romanos commendatio 1858 S. 24 und Göschen „Gemeines Zivilrecht", 2. Auflage, 1843, S. 368/9), daß die Versteigerung bis zum Zuschlage eine bloße Verhandlung sei, die keine Verbindlichkeit erzeugen könne, ein Standpunkt, den später in etwas abgeschwächter Form auch Reuling [12]) vertreten hat, heute aber unhaltbar ist, da doch zum mindesten das Gebot der Steigerer eine bindende Offerte ist, also die Versteigerungsverhandlung schon eine rechtliche Konsequenz, also eine Verbindlichkeit, erzeugt. Auch folgende Ansicht Puchtas,[13]) der hiermit die invitatio ad offerendum begründen will, scheint mir nicht stichhaltig zu sein. Er sagt: „Auch wenn jemand bestimmter sich dahin erklärte, er werde das Geschäft

---

[1]) Jhering in seinen Jahrbüchern, Bd. 7, S. 383.
[2]) Regelsberger, Erörterungen, S. 170.
[3]) Rösen S. 26/27.
[4]) Seufferts Archiv VIII, 38.
[5]) Regelsberger S. 171.
[6]) Puchta, Vorlesungen § 252.
[7]) Lungstras S. 34.
[8]) Hadenfeld S. 36; Regelsberger S. 171.
[9]) Jhering, Bemerkungen zu der Abhandlung I etc., Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 177.
[10]) Jhering, eodem Bd. 7, S. 176.
[11]) Regelsberger, S. 171; Rösen S. 26; Lungstras S. 34; Hadenfeld S. 36.
[12]) Reuling in Jher. Jahrb, Bd. 10, S. 355.
[13]) Puchta, Vorlesungen Bd. 2 S. 71.

mit dem vorteilhaftesten Proponenten abschließen, so liegt auch darin noch kein verbindlicher Akt, wenn gar kein Termin gesetzt ist." Denn, wenn er einen Termin gesetzt hätte, der doch im allgemeinen nur dazu da ist, damit das Geschäft m. E. möglichst schnell abgeschlossen wird, so tritt meiner Ansicht nach dieselbe Wirkung, nämlich die einer invitatio ad offerendum, ein.

Des weiteren spricht für eine invitatio ad offerendum auch folgende Erwägung. Wollte man der Ankündigung der Versteigerung schlechthin den Charakter einer Offerte beilegen, so müßte man dem Versteigerer schließlich zumuten, den Gegenstand zu versteigern, auch wenn nur ein einziger Bieter auftrete, was indessen unbillig und zwecklos wäre und dem Wesen der Versteigerung widersprechen würde.[1]) Auch wenn das höchste Gebot noch so weit hinter den Erwartungen des Versteigerers und dem wahren Wert der Sache zurückbleibt, müßte er sie hingeben. Da böte sich für das anwesende Publikum, das bekanntlich bei Auktionen, z. B. Bücherversteigerungen, in großen Städten nur aus einigen wenigen Auktionskommissionären besteht, das bequemste Mittel, dem Versteigerer nicht bloß faktisch, sondern auch rechtlich den Preis zu bestimmen, so daß der Versteigerer die Sache zu einem Spottpreis hingeben müßte.[2]) Allerdings dürfte Jhering m. E. bei der Behandlung dieser Frage etwas zu weit gegangen sein. Denn nach ihm pflegen — das muß man aus seiner Aeußerung entnehmen —, gewöhnlich im Auktionstermin nur zwei oder drei Kauflustige, die sofort ein Komplott schmieden, und mit Hilfe des Rechtssatzes, daß der Vertrag durch Abgabe eines Gebotes perfekt wird, den unglücklichen Versteigerer zu zwingen, die Sache an einen von ihnen zu einem Spottpreise zu verschleudern. Hiergegen hebt Kindervater[3]) mit Recht hervor, daß man diese abnormen Verhältnisse, die doch Ausnahmefälle darstellen, nicht als das Regelmäßige hinstellen darf. Auch schlägt nach Jhering[4]) noch folgendes ein. Wer eine Auktion veranstaltet, tut dies doch nicht im Interesse des Publikums, sondern im eigenen Interesse.[5])

Aus dieser Lage ist jedenfalls das eine zu schließen, daß ein Bindungswille des die Versteigerung Ankündigenden als Erklärenden nach der Richtung zur Vornahme der Versteigerung im allgemeinen durch ein entsprechendes Interesse nicht gedeckt wird. Er will unverbindlich erklären, und zwar in dem Sinne, daß er nicht einmal die Vornahme der Versteigerung als solche bindend verspricht. Wenn gesagt wird,[6]) daß der gewerbliche Auktionator auch verpflichtet ist, die Auktion abzuhalten, so ist dies nur in dem Sinne zu verstehen, daß wenn ihn jemand um Versteigerung angeht, er auf diesen Antrag eingehen muß.

---

[1]) Frensdorf, S. 27.
[2]) Jahnke, S. 22.
[3]) Kindervater, Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 370.
[4]) Jehring, Bemerkungen zu der Abhandlung I etc. Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 168.
[5]) So auch Frensdorf, S. 33.
[6]) Fraenkel, S. 32.

Es käme hier bei Annahme der Versteigerungsankündigung als invitatio ad offerendum der Vertrag in der Versteigerung folgendermaßen zustande. Nimmt jemand die Ankündigung des Versteigerers an, so hat dies nicht die Wirkung, daß ein Vertrag unter den in der Ankündigung vielleicht enthaltenen Bedingungen zustande kommt. Diese Annahme ist vielmehr erst die Offerte, die einer weiteren Annahme von Seiten des Versteigerers bedarf,[1]) wobei ich allerdings nicht der von Reuling[2]) vertretenen Ansicht beitreten kann, daß der Bieter es sich gefallen lassen müsse, daß der Versteigerer, statt, wie sonst erforderlich, seine Annahme sofort zu erklären, dieselbe bis zum Schlusse des Termins aufschieben kann und daß der Satz, daß eine nicht sofort akzeptierte Offerte als abgelehnt anzusehen ist und den Offerenten nicht weiter bindet, auf die Versteigerung keine Anwendung finden solle. Dies trifft m. E. nicht zu. Denn es handelt sich hier um eine Offerte unter Anwesenden, die nach § 147 Satz 1 BGB sofort angenommen werden muß, eine Bestimmung, von der die Versteigerung keine Ausnahme machen kann.

III. Die Haftung des die Versteigerung Ankündigenden gesehen:

1. unter dem Gesichtspunkt vertraglicher Haftung:

a) eine solche ist abzulehnen:

α) wegen Nichtvorliegens eines Vertrages:

Wenn nun auch eine Verpflichtung zur Vornahme der Versteigerung nicht Inhalt der Ankündigung ist, so könnte doch insbesondere, wenn diese innerhalb eines bestimmten Interessentenkreises erfolgte, der Versteigerer diesen Interessenten gegenüber eine Garantie übernommen haben, daß er sich zum Ersatz verpflichte für den Fall, daß die Versteigerung nicht stattfinde, und zwar ohne eine Verpflichtung zur Vornahme der Versteigerung zu übernehmen. Auch dies liegt für die Mehrzahl der Fälle nicht vor, denn die Garantiekonstruktion verlangt, daß man sich freiwillig einer Sonderverpflichtung mit weitgehender Haftung unterwirft,[3]) etwa für irgend ein Risiko des Gegenkontrahenten. In Fällen aber, bei denen ein Geschäftsabschluß vielen angekündigt wird, pflegt eine Garantieofferte nicht vorzuliegen, und zwar aus dem Grunde, weil die Menge der so etwa abgeschlossenen Garantieverträge die Möglichkeit, trotz Uebernahme der den Adressaten der Ankündigung entstandenen Kosten, für den Fall der Nichtversteigerung einen entsprechenden Mehrerlös durch einen anderweitigen Vorverkauf zu erzielen, nicht mehr zuläßt. In einem solchen Falle würde der Versteigerer schon gut daran tun, sofort die Verpflichtung zur Vornahme der Versteigerung einzugehen.

Auch der bereits früher erwähnte Chancenvertrag liegt im allgemeinen nicht vor, da er nicht ohne besondere Anzeichen aus dem Willen des Ankündigenden zu entnehmen ist.[4]) Den Adres-

[1]) Stricker, S. 11.
[2]) Reuling in Jher. Jahrb. Bd. 10. S. 366.
[3]) Brock, S. 153.
[4]) Im Wesentlichen auch so Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 35.

saten der Versteigerungsankündigung mag eine solche Konstruktion ganz recht sein, der die Versteigerung Ankündigende pflegt im Allgemeinen nicht, eine durch einen solchen Vertrag geschaffene Verpflichtung zu übernehmen.

Es ist daher dahin zu entscheiden, daß im allgemeinen ein Vertragsschluß überhaupt nicht vorliegt. Es können daher die Adressaten der Versteigerungsankündigung mit der vertraglichen Geltendmachung ihres Anspruchs auf Ersatz ihrer Aufwendungen keinen Erfolg haben, weil der Versteigerer nicht gegen eine Vertragspflicht verstößt, wenn er die Versteigerung ausfallen läßt.[1]) Denn consilii non fraudulenti nulla est obligatio.[2])

Hat es nun eine Bedeutung, wenn der Versteigerer die Abhaltung der Versteigerung in einzelnen Stücken in der Ankündigung vorsieht, wie dies z. B. bei Münzen häufig zu geschehen pflegt? Hierdurch will zwar der Versteigerer den Markt der Kauflustigen erweitern insofern, als er auch solchen Personen, welche nicht über sehr große Geldmittel verfügen, die Möglichkeit des Ankaufs von Einzelstücken zu gewähren, vorgibt. Hierin könnte man immerhin eine derartige Spezialisierung der Versteigerungsankündigung erblicken, daß doch die Möglichkeit eines Garantievertrages in die Nähe gerückt erscheint. Der Gedanke wäre etwa der, daß beim Großkauf von Versteigerungsobjekten die Unkosten, also die Aufwendungen, wie z. B. Reisekosten zur Fahrt zum Versteigerungsort, im allgemeinen weniger in Betracht kommen, insbesondere nur einen ganz geringen Prozentsatz des Risikos, in der Versteigerung nichts zu erwerben, darstellen. Wenn aber solche Personen veranlaßt werden, zu einer Versteigerung zu reisen, denen von vornherein erklärt ist, daß auch mit verhältnismäßig geringen Mitteln ein Höchstgebot bezüglich der einzelnen Versteigerungsobjekte erzielt werden könne, so kann, wie hier zugegeben werden muß, ein Zweifel bestehen, ob nicht eine Garantie für das Unkostenrisiko übernommen ist.

β) wegen allzu großer Unbestimmtheit eines Schadens:

Die hier zu behandelnde Frage des Nichtstattfindens der angekündigten Versteigerung mit der Folge, daß die Steigerer vergeblich Aufwendungen gemacht haben, liegt, wie bereits oben hervorgehoben, ähnlich wie der Fall des gemeinen Rechts, daß eine Offerte widerrufen wird, und zwar, da es sich hier wie dort um keine Verbindlichkeit des die Versteigerung Ankündigenden bzw. Offerenten handelt. Und zwar war ein solcher Widerruf noch möglich zu einer Zeit, wo Leute, die sich auf die Offerte verlassen haben, Vorbereitungen getroffen haben, z. B. folgender von Thon[3]) erwähnter Fall: „In einem Hotel werden brieflich von einem dem Wirt bekannten Reisenden für sich und seine Familie für den Abend des nächsten Tages bestimmte Zimmer bestellt. Der Gasthofbesitzer reserviert das Logis und muß demzufolge, da sein Haus sonst besetzt ist, die Anfragen anderer abweisen. Kurz vor Ankunft des Zuges, der die Gäste bringen soll, erhält er tele-

[1]) Frensdorf, S. 27.
[2]) l 47 pr. Dig. de R. J. 50, 17.
[3]) Thon, S. 64, 65.

graphisch Absage und hat nun keine Gelegenheit mehr, die Zimmer für diesen Tag anderweitig zu vergeben." In diesem Falle kam man im gemeinen Recht zu einem großen Teil zur Verneinung eines Schadensersatzanspruches dieser betroffenen Personen.[1])

Und so ist die Rechtslage auch bei unserer Frage, auch wenn von anderer Seite[2]) hierzu gesagt wird, daß man sich hüten muß, das Interesse des Versteigerers zu einseitig zu betonen und dabei die Rücksicht auf die Bieter ganz außer acht zu lassen. Denn nach Günther-Hein[3]) kann der Versteigerer die angekündigte Auktion auf einen anderen Tag verlegen, er kann sie ganz oder teilweise ausfallen lassen. Auch wenn hierdurch für die Kauflustigen Kosten entstehen, z. B. infolge einer weiten Eisenbahnfahrt zum Versteigerungsort, so ist der Versteigerer zu ihrem Ersatze vertraglich nicht verpflichtet. Eine Ersatzpflicht ließe sich nach ihnen, wie später noch auszuführen ist, nur bei ganz besonderen Umständen auf den § 826 BGB stützen. Bezüglich angekündigter Holzauktionen kommt Frensdorf[4]) zur gleichen Schlußfolgerung, was sich nach ihm aus dem Zweck und dem ganzen Wesen der Versteigerung ergibt. Dieses muß aber für alle Versteigerungen gelten, denn weshalb sollten gerade Holzauktionen in dieser Hinsicht eine Ausnahme machen? Auch Kuhlenbeck[5]) begründet dieselbe Ansicht unter Hinweis darauf, daß die Frage des Schadensersatzanspruches seitens der Bieter aufs engste mit der Frage des Anspruchs auf Abhaltung der Versteigerung zusammenhänge. Er verneint letzteren wegen der Unverbindlichkeit der Ankündigung der Versteigerung. Er führt aus: „Auch wenn die Verlegung oder Aufhebung eines angekündigten Versteigerungstermins für die im Vertrauen darauf erschienenen Personen mit Vermögensnachteilen verknüpft ist, können sie nach geltendem Recht keine Schadensersatzansprüche geltend machen, es sei denn im Falle des dolus. An einer anderen Stelle[6]) führt er in Weiterführung dieses Gedankens aus, daß eine solche Versteigerungsankündigung, die später nicht gehalten wird, eine Schadensersatzpflicht nur erzeugt im Falle des dolus, und daß es sich hierbei offenbar um eine Lücke im Recht handele, deren Ausfüllung leider auch das BGB nicht gewagt habe. Er führt als Beispiel an, daß ein Förster, der durch eine bereits angekündigte Holzversteigerung Holzhändler zu einer weiten Reise veranlaßt hat, den bereits Anwesenden und von fernher Herübergekommenen gegenüber aus irgendwelchen persönlichen Gründen die Versteigerung absagen

[1]) Und zwar kann man für die Mehrzahl der Fälle mit Thon, S. 70/71, dies damit begründen: Wenn die Rechtsordnung den Widerruf bei der Offerte freigibt und ihm rechtsgeschäftlichen Charakter beilegt, so kann unmöglich jedes Gebrauchmachen von dieser Befugnis gleichzeitig normenwidrig sein. Hier aber würde die nämliche Rechtsordnung den Widerruf der Offerte einerseits gewähren und andererseits durch Gebrauch desselben den Armen schuldig werden lassen und um seiner Schuld willen mit Ersatzpflicht belegen.

[2]) Lungstras, S. 46.

[3]) Günther-Hein, S. 18.

[4]) Frensdorf, S. 27.

[5]) Kuhlenbeck, S. 356.

[6]) Kuhlenbeck, S. 347, Anm. 3.

kann, ohne ihnen gegenüber für ihre Aufwendungen, insbesondere ihre Reisekosten, ersatzpflichtig zu sein. Er empfindet dies als eine Härte und in mancher Beziehung als dem Rechtsempfinden widersprechend, ist aber auch nicht in der Lage, diese Lücke im Recht anderweitig auszufüllen. Es hängt dies eben damit zusammen, daß bei der invitatio ad offerendum der Anbietende auf die von dritter Seite eingehenden Bewerbungen unter Umständen gar nicht eingeht.[1]) Hieraus ergibt sich, wie Reuling[2]) ausführt, eine besonders von Jhering hervorgehobene praktisch bedeutsame Konsequenz. Denn wer eine Versteigerung angekündigt hat und nachträglich von deren Abhaltung Abstand nimmt, ist nicht zum Ersatze der Kosten verpflichtet, die etwa den zur Versteigerung zugereisten „Steigliebhabern" erwachsen sind. Denn niemand, so sagt er, hat ein Recht auf die Erwerbung der angekündigten Versteigerungsobjekte, auch nicht, wer dieselben „à tout prix" zu kaufen entschlossen ist. Auch hängt dieses nach ihm m. E. im Gegensatz zur Begründung der Ansicht Kuhlenbecks damit zusammen, daß eben deshalb derjenige, der vielleicht mit erheblichen Kosten sich zum Versteigerungsorte begibt, diese Kosten auf die Gefahr hin aufwendet, seinen Zweck doch nicht zu erreichen. Ob derselbe dadurch vereitelt wird, daß der zugereiste Bieter überboten wird oder vielleicht aus einem andern Grunde den Zuschlag nicht erhält, oder schließlich dadurch, daß die ganze Versteigerung nicht stattfindet, ist dabei einerlei.

Des weiteren ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, wie es Frensdorf und Regelsberger[3]) auch tun, daß die Versteigerunsankündigung nur als ein Rat an die in Frage kommenden Interessenten anzusehen ist, sich mit Waren der angezeigten Art zu versehen, für die der Grundsatz gelten muß gemäß L. 47. pr. Dig. de R. J. 50. 17: „consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit". Eng mit diesem zusammen hängt die Ansicht von Lungstras[4]) nach welcher der Unternehmer einer Versteigerung in keinerlei Weise gebunden ist, so daß er nach Belieben und Gutdünken die angekündigte Versteigerung aufgeben kann, ohne deshalb den zur Versteigerung Erschienenen für deren etwa entstandene Kosten aufkommen zu müssen. Gleicher Ansicht Rösen,[5]) wenn er sagt, daß aus den vorbereitenden Schritten zur Versteigerung, vor allem aus der Ankündigung derselben, sowohl nach römischem wie nach heutigem Recht dem Versteigerer keinerlei Verbindlichkeiten entstehen. Weil daher die Ankündigung der Versteigerung keine rechtliche Bedeutung hat, begründet sie auch nach Frensdorf[6]) keine Verpflichtung zu Lasten des Versteigerers, weshalb es ihm unbenommen ist, ohne Ersatzpflicht den Versteigerungstermin ausfallen zu lassen, wenn ihm etwa der Zweck seiner Ankündigung, ein möglichst großes kauflustiges Publikum zu versammeln, nicht erreicht zu sein scheint. Von älteren Schriftstel-

---

[1]) Crome, S. 396.
[2]) Reuling in Jher, Jahrb. Bd. 10, S. 357/8.
[3]) Frensdorf, S. 27/28 und Regelsberger, Erörterungen S. 52.
[4]) Lungstras, S. 36.
[5]) Rösen, S. 13.
[6]) Frensdorf, S. 27.

lern sei noch Regelberger[1]) erwähnt, der ebenfalls den Anspruch der Bieter, die umsonst Aufwendungen gemacht haben, auf deren Ersatz abweist, und Rehbein,[2]) der in einem ähnlich gelagerten Falle zum gleichen Resultat kommt.

Entgegengesetzt zu diesen Meinungen steht die Ansicht Kindervaters.[3]) Er geht davon aus, daß bei Widerruf einer Auslobung, die er noch als Offerte ad incertam personam auffaßt und die heute als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft Ersatz für eine solche Offerte ist — wie bereits hervorgehoben wurde —, der Auslobende verpflichtet ist, alle diejenigen für ihre Verwendungen zu entschädigen, welche sich infolge seiner Auslobung auf dieselbe eingelassen haben. Dann kommt er zu dem Ergebnis, daß dieses auch auf die Versteigerung Anwendung findet, wenn auf Grund der Ankündigung der Versteigerung, die später nicht stattfindet, Personen vergeblich Aufwendungen gemacht haben, ein Gedanke, der für die Auslobung bei deren Widerruf auch von Fischer[4]) vertreten wird.

Der Ansicht Kindervaters sehr nahe steht m. E. auch folgender Satz des früheren preußischen Rechts[5]): „Derjenige, so Bücher oder andere Mobilien, Lege Auctionis verkaufen lassen will, soll solches den verordneten Auktionatoribus gehörig anmelden, und ihnen ein richtiges leserliches Verzeichnis der Bücher und Effekten zustellen; er muß auch dafür stehen, daß die Sachen zu bestimmter Zeit alle würklich vorhanden sind; damit aus dem Mangel dieses oder jenes Stücks keine Konfusion entstehe, und das Publikum nicht vergeblich aufgezogen werde". Daraus ist meiner Ansicht nach zu schließen, daß derjenige, der zum Verkauf seiner Sachen die Versteigerung vornehmen läßt, unmittelbar den erschienenen Bietern gegenüber für deren nutzlose Aufwendungen bei Nichtstattfinden der angekündigten Versteigerung erst recht haftete.

Mir scheint aber die Ansicht derer, die sich gegen einen Ersatzanspruch der Bieter bei Nichtabhaltung der Versteigerung aussprechen, auch die unbedingt richtige zu sein, wenn man folgende Frage aufwirft und beantwortet. In welcher Weise sollte dann irgendeine Schadensersatzpflicht des Versteigerers substantiiert werden können, wie wollen die Bieter die Möglichkeit haben, ihren Schaden genau zu spezifizieren und zu beweisen?

Zunächst ist festzustellen, daß eine Versteigerung stets mit Risiko für den Bieter verbunden ist, denn der Bieter übernimmt eine Gefahr insofern bei der Versteigerung, als er von vornherein weiß, daß er den Zweck seiner Teilnahme an der Versteigerung, ein Versteigerungsobjekt zu erwerben, evtl. doch nicht erreicht. Auch hat die Ankündigung der Versteigerung nach Frensdorf vor anderen Ankündigungen das voraus, daß sie den etwa kauflusti-

[1]) Regelsberger, Erörterungen, S. 51/52.
[2]) Rehbein, S. 211.
[3]) Kindervater, Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb. Bd. 7, S. 18.
[4]) Fischer, S. 18.
[5]) § 1 des Reglements und Instruktion für die Auktionatores: de dato Berlin, den 12ten April 1756.

gen Adressaten derselben zumutet, zu einer bestimmten Zeit zu erscheinen, evtl. eine große Reise anzutreten oder sonstige Aufwendungen zu machen, ohne Erreichung des damit verfolgten Zweckes.[1])

Es ist hierbei ferner zu berücksichtigen, daß der Bieter auch gar nicht in der Lage ist, für seinen Schaden, den er in seinen Aufwendungen gehabt zu haben glaubt, den Beweis anzutreten. So wird nach Lungstras[2]) bei einer Versteigerung eine Klage auf Entschädigung wegen völliger Unbestimmtheit des Schadens meist gar nicht in Betracht kommen können. Es kann auch dem Bieter von dem Versteigerer immer entgegengehalten werden, daß Gebot und Zuschlag in der Versteigerung sich so verhalten wie Offerte und Annahme.[3]) Wie nun ganz allgemein niemand verpflichtet ist, die ihm vorgeschlagene Offerte anzunehmen, so hat auch der Versteigerer diese Verpflichtung nicht. Er könnte die Versteigerung vielmehr auch ohne Erteilung des Zuschlages schließen gemäß § 156 Satz 2 BGB,[4]) sie jederzeit abbrechen,[5]) was denn auch von der herrschenden Lehre als das Naturgemäße aufgefaßt wird.[6]) Nach dem BGB ergibt sich das auch ganz allgemein aus der rechtlichen Natur[7]) des Gebots als Vertragsantrag. Das Reichsgericht urteilt ebenso.[8]) Selbst wenn ein Bieter in der Versteigerung das höchste Gebot abgegeben hätte, könnte er trotzdem die Erteilung des Zuschlages, abweichend vom § 81 ZVG.[9]) nicht verlangen. Denn ein Recht des Meistbietenden auf Erteilung des Zuschlages gibt es nicht, wenn auch in der Regel der Meistbietende den Zuschlag erhält, da dessen Gebot den Erwartungen des Versteigerers am besten entspricht.[10]) Mit Recht hat daher das Obertribunal in Stuttgart in dem bei Seuffert Arch. f. Entscheidungen, Bd. 8, Nr. 38, mitgeteilten Fall, den Anspruch des Meistbietenden auf Erteilung des Zuschlags bei einem Zwangsverkauf verworfen. Dieser Satz bedarf jedoch insofern einer Einschränkung, als man der allgemein vertretenen Ansicht, wonach der Gerichtsvollzieher zur willkürlichen Versagung des Zuschlags ohne Zustimmung seines Auftraggebers nicht berechtigt ist, wird beipflichten müssen.[11]) Früher dagegen wurde größtenteils eine andere Ansicht vertreten. Aus dem Wortlaut des § 718 der alten Fassung der ZPO „der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe" folgerten die meisten Kommentatoren (z. B. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1886, Bd. 2, S. 912 und die daselbst Zitierten) in bewußtem Widerspruch mit §§ 668, 688—690, 692, daß

---

[1]) Frensdorf, S. 27.
[2]) Lungstras, S. 32.
[3]) Frensdorf, S. 54.
[4]) Enneccerus, Bd. I. S. 403 2b.
[5]) Hadenfeld, S. 37.
[6]) Rösen, S. 61.
[7]) v. Staudinger, Bd. I. S. 641 und Motive zum BGB. I S. 177.
[8]) RG 5, 869.
[9]) Stein-Jonas, S. 66 II.
[10]) Hadenfeld, S. 48.
[11]) Crome, Bd. 3, § 401, S. 232, Anm. 170.
Gaupp-Stein, § 817 ZPO, Bem. 2 und Kortmann, S. 15.

der Meistbietende ein Recht auf den Zuschlag habe, das Ausgebot des Versteigerers also eine Offerte sei. Demnach wäre hier bei Gebotslegung eine Einstellung des Verfahrens ausgeschlossen, da ja der Bieter ein Recht darauf hat, daß festgestellt wird, ob die Bedingung seines Kaufs eingetreten ist oder nicht.[1]) Ferner kann, was dem Schlusse der Versteigerung ohne Zuschlagserteilung gleichsteht, der Versteigerer die Versteigerung zwar fortsetzen, aber zu anderen Bedingungen übergehen, die dem Bieter vielleicht gar nicht genehm sind; denn der Versteigerer ist in seiner Entschließung ungebunden.[2])

So ist der Bieter also weder berechtigt, auf Erfüllung, also Erteilung des Zuschlags, noch auf Schadensersatz zu klagen, so daß seine Aufwendungen, auch wenn die Versteigerung stattgefunden hätte, vergeblich gewesen wären. Und daß gerade er den Zuschlag erhalten hätte, weil gerade er der Meistbietende gewesen wäre, das zu beweisen wird er wohl nicht in der Lage sein.

Ebenso ist auch die Frage zu beantworten, ob der Versteigerer in Fällen von Verträgen bezüglich Abstehens vom Mitbieten, „pacta de non licitando", von dem einen oder anderen Vertragsteil Schadensersatz beanspruchen kann. Es käme evtl. die Klage aus § 826 BGB. in Frage, der aber kaum praktischen Wert hat.[3]) Diese Frage des Schadensersatzes dürfte daher wohl zu verneinen sein, denn für den Versteigerer ist es eine Unmöglichkeit, die Höhe des bestimmten Schadens, ich möchte mit Regelsberger[4]) sagen, des ziffernmäßigen Schadens, zu beweisen, der ihm infolge des Nichtbietens erwachsen ist, auch nur annähernd zu bestimmen, da sich nicht feststellen läßt, wie hoch der Preis gestiegen wäre, wenn die Mehrgebote erfolgt wären[5]) oder, wie Rösen[6]) sagt: „Wie wollte der Versteigerer die Höhe des Preises beweisen, die ohne das pactum de non licitando durch die Beteiligung der ausgeschlossenen Konkurrenz erreicht worden wäre?" oder nach Regelsberger[7]): „Wie kann der Versteigerer dartun, zu welchen günstigeren Bedingungen ihm außerdem die Vertragsschließung gelungen wäre?" Uebrigens — was noch erwähnt sei — ist es streitig, ob ein solcher Nichtmitbietungsvertrag ein pactum turpe und daher nichtig ist.[8])

Wie nun der Versteigerer die plötzliche Aufhebung der Versteigerung trotz gelegter Gebote vorzunehmen befugt ist, so kann er auch einige der Versteigerungsobjekte, auf die es der klagende Bieter abgesehen hatte, aus der Versteigerung, auch nachdem darauf geboten, zurückziehen[9]) wegen Unzufriedenheit mit dem hierfür gebotenen Preise.[10]) Interessiert sich der Bieter für die

---

[1]) Rösen, S. 64.
[2]) Düringer-Hachenburg, S. 889.
[3]) Rösen, S. 77.
[4]) Regelsberger, S. 191.
[5]) Hadenfeld, S. 71/72.
[6]) Rösen, S. 77.
[7]) Regelsberger, S. 191.
[8]) Hadenfeld, S. 72; über welche Frage Regelsberger S. 189/91 eingehend unterrichtet.
[9]) Jhering, Bem. zu der Abhandlung I etc. Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 178.
[10]) Rösen, S. 37.

anderen Versteigerungsobjekte nun nicht mehr, so wäre er wieder leer ausgegangen und seine Aufwendungen stellten sich als nutzlos dar. Jhering[1]) meint sogar, daß es kaum eine Mobiliarauktion gebe, bei der nicht einzelne Gegenstände vom Versteigerer zurückgenommen würden bloß aus dem Grunde, weil die Gebote den seitens des Versteigerers angegebenen Preisansatz nicht erreicht haben, also nur deshalb, weil sie dem Versteigerer nicht genehm sind. Dabei kommt es fast nie vor, daß seitens des Publikums dagegen Widerspruch erhoben wird, wo aber einmal eine Beanstandung stattfand, da ist auch regelmäßig der Kläger seitens der Gerichte abgewiesen worden.[2])

Ebenso hätte der Bieter die Versteigerungsobjekte auch aus dem Grunde nicht erhalten können, weil ein anderer Bieter wegen seiner besseren Solvenz ein höheres Gebot abgegeben haben könnte als er selbst, wodurch sein eigenes Gebot nach § 156 BGB. erloschen wäre. Wie will der klagende Bieter beweisen, daß dieses nicht der Fall ist? Auch hätte er gar keinen Anspruch auf Zulassung eines höheren Gebots seinerseits.[3])

Ferner kann der Versteigerer dem klagenden Bieter entgegenhalten, daß er gar keinen Anspruch auf das Bieten überhaupt hat,[4]) so daß er auch, wenn die Versteigerung stattgefunden hätte, seine Aufwendungen vergeblich gemacht hätte.

Aus all diesen Gesichtspunkten heraus, mit sämtlichen hieraus für seine eigene rechtliche Stellung sich ergebenden Konsequenzen, denen jeder, der auf einer Versteigerung mitbietet, sich nach Reuling[5]) selbstverständlich unterwirft, hat der Bieter also auch niemals die Möglichkeit zu beweisen, daß seine vergeblich gemachten Aufwendungen sich wirklich als Schaden charakterisieren, so daß er also keinen Ersatz derselben verlangen kann.

Diese sicherlich begründete Rechtsfolge stützt sich aber auch noch auf andere Umstände als das manchmal willkürliche Verhalten des Versteigerers. Denn der Bieter, der bei Stattfinden der Versteigerung auf Nichtberücksichtigung, d. h. also vor allen Dingen auf Nichterteilung des Zuschlages rechnen muß, so daß hier seine Aufwendungen nutzlos wären, würde, wenn der Versteigerer von der Versteigerung überhaupt absähe und alsdann zum Ersatz verpflichtet wäre, viel besser dastehen, da er für bloße Vorbereitungen zwecks Teilnahme an der Versteigerung, die, wie wir gesehen haben, doch auf sein Risiko gehen, Ersatz verlangen könnte.[6])

b) Dieses Resultat ergibt sich auch aus einem Vergleich zu den Rechtsinstituten:

α) der Auslobung:

Durch einen Vergleich mit der Auslobung wird die Richtigkeit dieses Ergebnisses, daß die Bieter, die wegen Nichtstattfindens

---

[1]) Jhering, Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 382.
[2]) Lungstras, S. 29.
[3]) Rohkrämer, S. 30.
[4]) Rösen, S. 63.
[5]) Reuling in Jher. Jahrb., Bd. 10, S. 366.
[6]) Nach Lazar, S. 82, gilt dies für die Auslobung, hat aber auch Gültigkeit für unsere Frage.

der angekündigten Versteigerung vergebens Aufwendungen gemacht haben, keinen Schadensersatzanspruch gegen den Versteigerer haben, noch erhärtet, so daß die Ansicht derer, es handele sich hier um eine Lücke im Recht oder daß dieses Ergebnis dem Rechtsempfinden zuwider sei, als nicht begründet zu gelten hat.

Zunächts ist zu sagen, wie Kuhlenbeck[1]) nachdrücklich hervorhebt, daß die Ankündigung einer Versteigerung auf keinen Fall unter den Gesichtspunkt der Auslobung zu bringen ist, wobei er meint, daß sie auf keinen Fall damit zu identifizieren ist.

Wohl aber ist festzustellen, daß die Auslobung, um mit Regelsberger[2]) zu sprechen, ein Gebilde ähnlicher Art ist wie die Versteigerung, denn der Auslobende, der durch sein Versprechen die bestimmte Leistung hervorzurufen bezweckt, wählt ähnlich dem Versteigerer diesen Weg entweder, weil er eine bestimmte Person, die zu dieser Leistung ebenso fähig als bereit ist, nicht kennt und weil er auf diese Weise die tüchtigste Kraft zu gewinnen hofft.[3])

Wie die Versteigerung für den kauflustigen Bieter ein gewisses Risiko darstellt, so etwa eine größere Reise zum Versteigerungsort oder sonstige Aufwendungen, ohne mit der Möglichkeit rechnen zu können, durch die Veranstaltung der Versteigerung den von derselben erwarteten Erfolg zu erreichen, so verhält es sich im wesentlichen auch bei der Auslobung. Von Seiten des Bewerbers müssen vielleicht mit noch größeren Mühen Vorbereitungen zur Herbeiführung des in der Auslobung verlangten Erfolges getroffen werden. Wie nun der Versteigerer nicht verpflichtet ist, auf Grund seiner Ankündigung die Versteigerung abzuhalten, so steht es dem Auslobenden frei, die Auslobung bis zur Vornahme der Handlung zu widerrufen, gemäß § 658, Satz 1 BGB., wobei es allerdings bestritten ist, welche Bedeutung den getroffenen Vorbereitungen im Falle dieses Widerrufs zukommt.

Zweifellos wird nach Lazar[4]) der Auslobende dann einen Ersatz für die Aufwendungen und Bemühungen des Bewerbers nach den §§ 226, 826 BGB. schulden, wenn ein arglistiges Verhalten des Auslobenden oder Kenntnis der Unmöglichkeit vorliegen.

Auch darüber hinaus ist nach Fischer[5]) der Widerruf stets den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechend, wenn der Auslobende erwarten konnte, daß in dem betreffenden Zeitpunkte bereits Arbeiten der Bewerber stattgefunden haben, so daß er daher zum Ersatze der Kosten und Auslagen der Bewerber nach § 823 BGB. verpflichtet ist.

Dies dürfte meiner Ansicht nach mit Lazar zwar dem allgemeinen Grundsatz entsprechen, wonach stets ein Verhalten des Gläubigers, das den Fortfall der Leistung begründet, zur Schadloshaltung des Schuldners verpflichtet.[6]) Die bei der Auslobung

[1]) Kuhlenbeck, S. 356, Anm. 2.
[2]) Regelsberger, Erörterungen, S. 196.
[3]) Regelsberger, S. 205.
[4]) Lazar, S. 81.
[5]) Fischer, S. 18.
[6]) Lazar, S. 81.

begründete Ausnahme von dieser Regel stützt sich aber noch auf andere Umstände als das willkürliche Verhalten des Gläubigers, ein Gedanke, den wir schon bei der Versteigerung hervorgehoben haben. Denn der Bewerber, der bei fehlendem Widerruf der Auslobung auf Nichtberücksichtigung, d. h. insbesondere also auf Nichtvergütung der ganzen Leistung rechnen muß, würde bei einem Widerruf sich besser stehen, da er schon für die Vorbereitungen Ersatz verlangen kann. Wie aber die ganze Tätigkeit des Bewerbers bei der Auslobung ein Risiko ist, so wird auch im engeren Sinne die Vornahme von Vorbereitungen auf seine Gefahr gehen und durch Erklärung des Widerrufs nach Lazar,[1]) der sich mit dieser Frage eingehend beschäftigt hat, jede Bedeutung verlieren. Oder, wie von anderer Seite[2]) ausgeführt wird: „Vor allem entbehren Vorbereitungshandlungen, trotz ihrer etwaigen Gründlichkeit, ihres Anspruchs an Zeit und Vermögen des Ausführers, einer Bedeutung im Falle einer Auslobung", wodurch das Risiko noch deutlicher wird. Aber auch noch durch einen anderen Umstand als wie bloß durch den Widerruf. Denn die Auslobung verliert ihre verpflichtende Kraft, sobald der Auslobende den gesuchten Zweck erlangt hat, gleichviel ob durch Einen, der dadurch die ausgesetzte Belohnung erworben hat, oder auf sonstige Weise. Ist z. B. für die Entdeckung eines Verbrechers eine Prämie versprochen, so kann die Anzeige nur dann als Erfüllung gelten, wenn nicht der Auslobende oder die Obrigkeit den Täter schon anderweit in Erfahrung gebracht hat. Ist dies aber der Fall, so kann der Bewerber für seine Mühen, Arbeit, Zeit und Geld keinen Ersatz verlangen.[3]) Auch bieten die Vorbereitungen vor allem keine Gewähr, daß sie zum Erwerb der ausgesetzten Belohnung geführt hätten, mindestens daß nicht die betreffende Person durch einen anderen überholt worden wäre, wie bei der Versteigerung durch ein höheres Gebot. Dann aber weiß ja jeder, der sich durch eine Auslobung zu einer Arbeit bestimmen läßt, daß er ein gewagtes Geschäft beginnt, ein Unternehmen, dessen Erfolg höchst unsicher ist; er nimmt also von vornherein die Gefahr der Nutzlosigkeit von Arbeit und Auslagen in Kauf.[4]) Allerdings sagt dann Regelsberger selbst, ebenso wie andere es bei der Versteigerung geäußert haben, daß das natürliche Rechtsgefühl sich damit nicht zu befreunden vermag.

Eine Entschädigung wird daher für die Bewerber abzulehnen sein,[5]) und zwar nicht nur dann, wenn der Auslobende die Vornahme von Vorbereitungen erwarten konnte, sondern nach Planck[6]) und Lazar[7]) im Gegensatz zu vorher erwähntem Fischer, auch dann, wenn er von den schon geschehenen Vorbereitungen Kenntnis erhalten haben sollte und trotzdem widerruft.

Allerdings ist hier m. E. mit Recht eine Einschränkung zu machen, die im Gegensatz zur Versteigerung steht. Nur dann, wenn der Auslobende zwar den Vertrag nicht widerruft, aber die

---

[1]) Lazar, S. 82.
[2]) Jur.-Wo.-Schr. 1902, S. 441; 1905, S. 106.
[3]) Regelsberger, S. 209.
[4]) Regelsberger, S. 214/15.
[5]) Enneccerus, Bd. I, S. 485 II.
[6]) Planck, Bd. 2, S. 404.
[7]) Lazar, S. 82.

Bedingung des Vertrages nachträglich willkürlich verändert, was der Versteigerer bei der Versteigerung jederzeit — wie oben [1]) gesehen — kann, wodurch eine offenbare Schädigung des Bewerbers hervorgerufen wird, könnte im Einzelfall ein Anspruch auf Schadloshaltung angebracht sein. So, wenn der Auslobende an Stelle der ursprünglich benannten Preisrichter, von denen nach größter Wahrscheinlichkeit anzunehmen war, daß sie einem bestimmten Bewerber den Preis erteilt hätten, andere Preisrichter ernennt, die diesem Bewerber keinen Preis geben, weil sie von anderen Gesichtspunkten ausgehen.[2]) Der Unterschied von den Fällen des Widerrufs der Auslobung besteht darin, daß hier der Bewerber mit ziemlicher Bestimmtheit auf den Preis rechnen konnte, also mit seinen Vorbereitungen bei Bestehenbleiben der Auslobung kein Risiko im üblichen Sinne einging.[3])

Wenn nun der Auslobende, dessen bekannt gemachte Auslobung vom § 657 BGB. als ein bindendes einseitiges Versprechen anerkannt worden ist,[4]) dieses trotzdem nach § 658, Satz 1 BGB. widerrufen kann, ohne Ersatz für die gemachten Vorbereitungen, also Aufwendungen, der Bewerber leisten zu müssen, auch wenn er weiß, daß ein Bewerber bereits Vorbereitungen mit Rücksicht auf die Auslobung getroffen hat, so muß demjenigen, der eine Versteigerung angekündigt hat, erst recht gestattet sein, die angekündigte Versteigerung nicht abzuhalten, ohne den etwa vergeblich zur Versteigerung zugereisten Bietern ersatzpflichtig zu sein. Einmal aus dem Grunde, weil bei der Versteigerungsankündigung nicht, wie bei der bekannt gemachten Auslobung, für die Mehrzahl der Fälle von einer Bindung und Verpflichtung des Versteigerers die Rede sein kann, wie oben bereits dargelegt worden ist.

So kann man auch hier sagen: Die Position des Bieters bei der Versteigerung ist eine wenig günstige. Er weiß nicht, ob die Sache zur Versteigerung kommt, ob er Meistbietender wird und bleibt, ob er den Zuschlag erhält. So werden auch alle seine vorbereitenden Schritte, also seine sämtlichen Aufwendungen, auf seine eigene Gefahr gehen und bedeutungslos sein, wenn die vom Versteigerer angekündigte Versteigerung überhaupt nicht stattfindet. Es ist deshalb Reuling [5]) recht zu geben, wenn er sagt: „Eben deshalb wendet der Bieter, der mit erheblichen Kosten zur Versteigerung zureist, diese Kosten auf die Gefahr hin auf, seinen Zweck doch nicht zu erreichen, wobei es einerlei ist, ob er dadurch vereitelt wird, daß die ganze Versteigerung überhaupt nicht abgehalten wird."

Hier sei noch auf eine wichtige Frage eingegangen, die die von uns für die Versteigerung und Auslobung gezogene rechtliche Konsequenz zu schanden macht, nämlich auf die Frage der Verteilung der Beweislast, wenn einer der Bewerber eine Schadens-

---

[1]) Düringer-Hachenburg, S. 89.
[2]) So auch Jahrb. d. Dtsch. Rechts 1914, 1915 zu § 661.
[3]) Lazar, S. 82.
[4]) Enneccerus-Lehmann, S. 522.
[5]) Reuling in Jher. Jahrb., Bd. 10, S. 357/58.

ersatzklage anstrengt. Nach Windscheid-Kipp[1]) und Jhering[2]) liegt nämlich, wenn der Auslobende dem Bewerber entgegenhält, daß er ohnehin die Belohnung nicht erhalten hätte, also auch bei Nichtzurücknahme der Auslobung seine Aufwendungen unnütz gemacht haben würde, dem Auslobenden der Beweis ob oder, wie Jhering sagt: „Es ist nur dem Beklagten der desfallsige Gegenbeweis offenzuhalten." Gegen letzteres ist mit Recht im Anschluß an Regelsberger[3]) folgendes einzuwenden:

Dem Kläger soll der Nachweis erlassen sein, daß er ohne den Widerruf die Belohnung erhalten hätte. Es leuchtet mir ein, daß Windscheid-Kipp und Jhering sich zu dieser Vergünstigung verstehen mußten, wenn nicht der ganze Ersatzanspruch für sie praktisch wertlos werden sollte. Aber entbehrt dann nicht die Verpflichtung des Auslobenden jedes festen Bodens? Man verurteilt ihn zu einer Schadloshaltung der Bewerber, ohne daß man die Sicherheit hat, ob nicht ohne den Widerruf derselbe nachteilige Erfolg eingetreten wäre. Es ist aber noch weiter zu berücksichtigen: Da nur einer von sämtlichen Bewerbern die Belohnung erhalten kann, so ist, wenn im Falle des Widerrufs mehrere Ersatzanspruch erheben, sogar gewiß, daß alle bis auf einen keinen wirklichen Nachteil erlitten haben, und doch muß ihnen sämtlich Entschädigung geleistet werden. Zwar kann sich nach Windscheid-Kipp und Jhering der Auslobende dadurch schützen, daß er den Beweis antritt, daß die Bewerber leer ausgegangen wären. Allein, welcher Grund sollte zu dieser Verschiebung der Beweislast vorliegen, welche doch gerade dem klagenden Bewerber obliegt? Kein anderer — wie Regelsberger ausführt — als die Not, d. h. daß außerdem in den meisten Fällen die für den Auslobenden in Aussicht gestellte Hilfe keine sein würde. Nach Windscheid-Kipp und Jhering würden die Bewerber das negative Interesse erhalten. Hiergegen wendet wieder Regelsberger mit vollem Recht ein, daß dann der widerrufende Auslobende unter Umständen nicht mit Ruten sondern mit Skorpionen geschlagen würde. Denn dann müßte er alle Bewerber für ihre Aufwendungen entschädigen, soweit er nicht dem einzelnen nachzuweisen vermag, daß sein Bemühen ein vergebliches gewesen wäre. Er müßte unter Umständen mehr, bedeutend mehr an Entschädigung leisten, als die ausgesetzte Belohnung etwa ausmachte. Dieses Ergebnis als Folge der Umkehr der Beweislast bezeichnet auch Hause[4]) als nicht angängig.

β) der Submission:

Des weiteren ist zur Verdeutlichung der Richtigkeit des Resultats, daß die Bieter, die bei Nichtabhaltung der angekündigten Versteigerung nutzlos Aufwendungen gemacht haben, keinen Ersatz derselben verlangen können, die Submission heranzuziehen. Vor allen Dingen auch aus dem Grunde, da die Submission große Aehnlichkeiten mit der Versteigerung aufweist. Teils wird die

[1]) Windscheid-Kipp, Bd. 2, S. 260, Anm. 7.
[2]) Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in seinen Jahrb. Bd. 4, S. 105.
[3]) Regelsberger, Erörterungen, S. 219 ff.
[4]) Hause, S. 22.

Submission von der Versteigerung scharf geschieden,[1]) von andern wieder als ein Unterfall der Versteigerung angesprochen, wobei dann die günstigsten Vertragsbedingungen nicht der Meistbietende, sondern der Mindestfordernde, etwa bei Verdingen eines Opus, setzt,[2]) ein Fall, der von Enneccerus[3]) noch als unter § 156 BGB. fallend angesehen wird, da nach ihm unter Anerbieten zu einer Versteigerung, also unter Ankündigung einer Versteigerung, auch das Anerbieten an den Mindestfordernden zu verstehen sei. Oder, wie man auch sagen kann, bei der Versteigerung handelt es sich um eine Unterart des Vertragsschlusses durch Wettbewerb im Ueberbietungsverfahren,[4]) bei der Submission um einen solchen im Unterbietungsverfahren.[5])

Und zwar ist die Frage des Schadensersatzes der Bewerber auf Grund der Ankündigung einer solchen Submission für vergeblich gemachte Aufwendungen sehr wichtig geworden und äußerst bestritten. Zunächst wichtig aus dem Grunde, da die Submission ebenso wie die Versteigerung, wie gezeigt, in einzelnen Erwerbszweigen immer größeren Umfang angenommen hat. Denn das Drängen und Unterbieten der Konkurrenz bringt es mit sich, daß heutzutage fast jedermann, der ein größeres oder auch kleineres Werk vielleicht (deswegen besonders hervorgehoben, um, wie bei der Versteigerung und Auslobung, auf das Risiko der Bewerber hinzuweisen) ausführen lassen will, von den verschiedenen möglichen Bewerbern sich vorher Pläne, Entwürfe, Skizzen und ähnliche Vorarbeiten anfertigen läßt. Es wird so auf vielen Seiten ein großer Arbeitsapparat in Tätigkeit gesetzt, und wenn nachher nur einem oder vielleicht niemandem der Bewerber die Hauptarbeit übertragen wird, pflegt bei den Zurückgesetzten allgemein Unzufriedenheit zu herrschen, also genau, wie es einige bei der Versteigerung als Lücke im Recht oder dem Rechtsempfinden entgegen fühlten, wenn Bieter ohne Entschädigung zum Versteigerungstermin sich begeben, der aber nicht stattfindet.

Wie es bei der Versteigerung ungewiß ist, ob der Meistbietende den Zuschlag erhält, und die Versteigerung überhaupt stattfindet, so m. E. auch bei der Submission. Denn hier handelt es sich ebenso, wie bei der Versteigerungsankündigung, um eine zu nichts verpflichtende invitatio ad offerendum. Hiergegen wenden sich Oertmann[6]) und im Anschluß an ihn Beumann.[7]) Oertmann führt aus: „Fordert ein Bauherr eine Mehrheit von Bauhandwerkern auf, sich um die verschiedenen Bauarbeiten zu bewerben, so heißt es doch, daß er sich vorbehalten will, einem der Konkurrenten, sei es nach freier Auswahl, sei es auf Grund des objektiven Ergebnisses der Konkurrenz, etwa dem Mindestfordernden, den Zuschlag zu erteilen". Jedenfalls auch hier sehen wir, ebenso

[1]) Stülpnagel, S. 1.
[2]) Kindervater, Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung in Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 1.
[3]) Enneccerus, Bd. I, S. 403.
[4]) Kuhlenbeck, S. 356. fast genau so.
[5]) Hilse, Vergütung der behufs Erlangung einer Arbeitsgelegenheit gefertigten Entwürfe und Anschläge, S. 573.
[6]) Oertmann in D. J. Z., 13. Jahrg., 1908, S. 455 ff.
[7]) Beumann, S. 38.

wie bei der Versteigerung, ein Risiko, mit dem die Konkurrenten rechnen müssen und auch rechnen. Nur ist hier nach Oertmann das Risiko nicht so groß wie bei denen, die sich auf eine Versteigerungsankündigung eingelassen haben, da nach ihm der Submittent zum Zuschlag verpflichtet ist. Im Anschluß an Oertmann will Beumann ein Recht des Submittenten, keinem den Zuschlag zu erteilen, insofern nicht anerkennen, als die Aufstellung von Plänen und Kostenanschlägen bereits den Tatbestand eines Werks darstellt. Aus diesem Gesichtspunkte heraus will Oertmann, trotzdem es sich um eine zu nichts verpflichtende invitatio ad offerendum handelt, die Einschränkung machen, daß das Risiko, dem die Konkurrenten sich unterwerfen, dessen Folgen sie tragen müssen, nur das Risiko des Unterliegens in der Konkurrenz ist. Dem weiteren Risiko, wie wir es bei der Versteigerung gesehen haben, und das unbedingt meiner Ansicht nach auch für die Submission gelten muß, daß nun der Besteller sich einfach zurückziehe und das Werk gar nicht oder von einem Außenstehenden anfertigen lasse, haben sie sich in keiner Weise unterwerfen wollen. Das haben auch die Bieter bei der angekündigten Versteigerung nicht gewollt, nämlich daß der Versteigerer von der Versteigerung ganz absieht. Auch hier, wie bei der Submission, kommt es m. E. nicht auf den Willen der Bieter bzw. Bewerber an, sondern auf die juristische Natur der Bekanntmachung der Submission. Und diese ist eine zu nichts verpflichtende invitatio ad offerendum, der Submittent behält volle Entschließungsfreiheit. Aus diesem Grunde kann ich auch den weiteren Ausführungen Oertmanns nicht beipflichten, wenn er sagt: „Wer eine Konkurrenz ausschreibt, hat höchstens die Wahlfreiheit, aber mangels einer besonderen iusta causa nicht die Ausführungsfreiheit; überträgt er nachher keinem der Konkurrenten die Ausführung, so steht er jedem von ihnen rechtlich zwar nicht schlechter, aber auch nicht besser gegenüber, wie wer den einem einzelnen übertragenen Entwurf nachher von diesem nicht ausführen läßt. Hier aber bleibt der Gesichtspunkt des selbständigen Werks übrig, das nach Maßgabe des § 632, Abs. 1 BGB. entgolten werden muß". Gleicher Ansicht ist auch Scherer,[1]) trotzdem es sich nach ihm hier auch um eine invitatio ad offerendum handelt, da er von einer „erbetenen Offerte" seitens der Bewerber spricht. Seine Begründung ist aber ohne rechtliche Basis. Er sagt lediglich, daß regelmäßig Ersatz zu leisten sein dürfte, da die Bewerber nicht umsonst arbeiten können.

Im Gegensatz hierzu steht mit vollem Recht die Ansicht von Hilse. Er gibt einen Vergütungsanspruch nur dann zu, wenn ein solcher ausdrücklich vereinbart ist.[2]) Dies trifft nach ihm im allgemeinen nicht zu.[3]) Zunächst verweist er auf das Preußische Allgemeine Landrecht. Hier pflegten die Bewerber, speziell Werkmeister, überwiegend von einem Vergütungsanspruch Ab-

[1]) Scherer, S. 442.
[2]) Hilse, Vergütung der behufs Erlangung etc., S. 573.
[3]) Hilse, Die von den Architekten- und Ingenieur-Vereinen bzw. dem Innungsverbande deutscher Baugewerksmeister aufgestellten Gebührenordnungen sind nicht gleichbedeutend mit Taxen bzw. Ortsgebrauch im Sinne des § 632 BGB., S. 106/7.

stand zu nehmen, weil ihnen die Rechtsregel des I. 11. § 874 ungünstig war, nach der in ständiger Spruchübung der Gerichte ein solcher versagt wurde, indem man aus den Umständen eine Freigebigkeit vermutete. Und heute ist zwar nach ihm eine Vergütung auf Grund des § 632 BGB. als vorliegend zu erachten, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Aber es greift nach seiner Ansicht die Annahme fehl, es finde dieser Grundsatz auch dann anstandslos Anwendung, wenn ein Bauwerksmeister bei dem Wettbewerb um eine sich bietende Arbeitsgelegenheit ein Preisangebot macht, um sich letztere zu verschaffen. Denn hier liegen die Umstände nicht so, daß die Absicht einer Vergütung den Willen der Beteiligten beherrscht. Es pflegt nämlich der Submittent von der Annahme auszugehen, zu einer Bezahlung der ihm eingereichten Zeichnungen und Anschläge nicht verpflichtet zu sein, vielmehr solche nur als Unterlagen für seine Entschließung bei Auswahl desjenigen Bewerbers benutzen zu sollen, dem er den Zuschlag erteilen könne. Also auch nach Hilse ist der Submittent nicht zum Zuschlag verpflichtet, so daß alle Vorbereitungen auch bei der Submission auf Gefahr der Bewerber gehen.

In dem gleichen Sinne urteilt auch Michels,[1]) denn nach ihm macht der Bewerber nur ein Angebot zum Abschluß eines Vertrages über die Hauptarbeit. Er erbietet sich, im beiderseitigen Interesse dem Submittenten den Entwurf zur Hauptarbeit anzufertigen, fertigt ihn an und reicht ihn ein. Die Einreichung behält den Charakter eines Angebots, das der Submittent nicht durch Zuschlag anzunehmen braucht.

Dann sei noch eine andere Stelle in Jur.-Wo.-Schr. 1902, S. 441; 1905, S. 106 angeführt: „Vor allem aber entbehren Vorbereitungshandlungen trotz ihrer Gründlichkeit, ihres Anspruchs an Zeit und Vermögen des Ausführers einer Bedeutung im Falle einer Submission, sowie allgemein, wenn ihr Verfertiger weiß, daß er nicht als einziger mit den Vorbereitungshandlungen betraut ist. Er muß hier von vornherein damit rechnen, daß seine Tätigkeit zugunsten einer anderen umsonst geleistet ist".[2])

Wenn nun der Submittent die Submission zurücknimmt, wozu er berechtigt ist, denn sie ist nach Enneccerus[3]) gemäß § 156 BGB nur eine invitatio ad offerendum und demnach, wie gerade ausgeführt, die Vorbereitungshandlungen der Bewerber ihre Bedeutung verlieren, d. h. diese keinen Ersatz verlangen können, so muß das auch für die angekündigte Versteigerung gelten, wenn diese nicht stattfindet, und Bieter vergeblich Aufwendungen gemacht haben, so daß die Richtigkeit dieses Resultates noch verdeutlicht wird.

γ) des Preisausschreibens:

Neben den Rechtsinstituten der Auslobung und Submission kann zur besseren Hervorhebung des von uns gefundenen Resul-

[1]) Michels, S. 133.
[2]) So auch Lazar, S. 97.
[3]) Enneccerus, Bd. I, S. 403.

tats auch das Rechtsinstitut des Preisausschreibens herangezogen werden. Bei der angekündigten Versteigerung, bekanntgemachten Auslobung und Submission ist festgestellt worden, daß Bieter bzw. Bewerber ein Risiko dahin übernehmen, für ihre gemachten Aufwendungen bei Nichtstattfinden der Versteigerung, Widerruf der Auslobung, Zurücknahme der Submission keinen Ersatz verlangen zu können. Insofern ist nach Oertmann[1]) der Fall des Preisausschreibens dem der Submission, und wie wir mit Jur. Wo. Schr. 1902 S. 441; 1905 S. 106 feststellen können, auch dem der Versteigerung und Auslobung gleichartig.

Auf das Preisausschreiben finden nun die Regeln der Auslobung entsprechende Anwendung, da ja auch das Preisausschreiben eine Auslobung ist, die eben nur eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat. Es ist bereits festgestellt worden, daß die Auslobung ihre verpflichtende Kraft verliert, sobald der Auslobende den gesuchten Zweck erlangt hat, gleichviel, ob durch einen, der dadurch die ausgesetzte Belohnung erworben hat, oder auf sonstige Weise. Dadurch wird das Risiko der Bewerber besonders groß. Das gilt aber auch für das Preisausschreiben.

Bei der Aussetzung eines Preises, z. B. auf eine Erfindung, wird die Bewerbung durch jede vorgängige Bekanntgabe derselben, von wem sie auch immer erfolge, ausgeschlossen. Nicht einmal für den Aufwand an Mühe, Geld und sonstigen Aufwendungen kann Ersatz gefordert werden; denn die Gefahr, daß Zeit, Arbeit und Kosten infolge der Ueberholung durch einen andern vergebens geopfert werden, nimmt jeder in Kauf, der sich durch die Aufforderung zur Bewerbung bestimmen läßt.[2]) Desgleichen kann auch das Preisausschreiben widerrufen werden, ohne daß der Ausschreibende Ersatz für die Aufwendungen der hierauf eingehenden Bewerber zu leisten braucht. Allerdings ist hier wohl zu sagen, daß das Risiko der Bewerber nicht so groß ist, wie dasjenige bei der Auslobung. Denn für das Preisausschreiben ist die Bestimmung einer Frist wesensnotwendig, weshalb man annimmt, daß das Preisausschreiben aus diesem Grunde im Zweifel unwiderruflich ist,[3]) so daß die Bewerber wenigstens auf Beibehaltung des Preisausschreibens rechnen können.

Allerdings kann hier auch eine Parallele zu dem Recht des Versteigerers gezogen werden, niemandem den Zuschlag zu erteilen. Denn es steht in der Hand des Ausschreibenden, seine Entscheidung dahin zu treffen, daß alle Bewerbungen dem Preisausschreiben nicht entsprechen.[4])

Wenn nun der Ausschreibende, dessen bekanntgemachtes Preisausschreiben gemäß § 657 BGB als ein bindendes einseitiges Versprechen anerkannt worden ist, dieses trotzdem, wenn es auch im Zweifel ausgeschlossen ist, auch bei Kenntnis von Vorbereitungen seitens der Bewerber[5]) widerrufen kann, oder, was diesem praktisch gleichsteht, — wodurch das Risiko der Bewerber ein sehr großes ist, — die Entscheidung dahin treffen kann, daß alle

[1]) Oertmann in D. J. Z. 13. Jahrg. 1908, S. 456.
[2]) Regelsberger, Erörterungen, S. 209.
[3]) Fischer-Henle, S. 492, Anm. 2 zu § 661, Abs. 1 BGB.
[4]) Fischer-Henle, S. 492 Anm. 6 zu § 661, Abs. 2 BGB.
[5]) So auch nach der Ansicht der meisten bei der Auslobung.

Bewerbungen die Bedingungen des Preisausschreibens nicht erfüllen, ohne Ersatz für die vergeblich gemachten Aufwendungen leisten zu müssen, so muß demjenigen, der eine Versteigerung angekündigt hat, erst recht zugute kommen, die angekündigte Versteigerung nicht abzuhalten, ohne den etwa zur Versteigerung mit vielen Aufwendungen zugereisten Bietern ersatzpflichtig zu sein. Vor allen Dingen auch aus dem Grunde im Gegensatz zum Preisausschreiben, da es sich nur um eine zu nichts verpflichtende invitatio ad offerendum handelt.

2. unter dem Gesichtspunkt vertragsähnlicher Haftung, culpa in contrahendo.

a) Historischer Rückblick über die culpa in contrahendo.

Es wäre nun die Frage, ob nicht wenigstens ein Vertrauensschaden, denn als solcher stellt sich der Anspruch auf die nutzlos gemachten Aufwendungen der Bieter dar, auf der Grundlage vertragsähnlicher Haftung entstehen kann. Eine solche Grundlage bietet zunächst die culpa in contrahendo. Ein Ansatz dazu bildet § 307 I BGB. Vorweg ist zu sagen, daß eine allgemeine Regelung der culpa in contrahendo im BGB nicht enthalten ist, wie eine solche im Preuß. Allgemeinen Landrecht in I., 5 § 284 vorhanden war. Vielmehr haben die Verfasser des BGB die Lösung der Frage der Haftung für culpa in contrahendo der Wissenschaft überlassen.[1])

Wir haben bereits festgestellt, daß das Zurückstehen des Versteigerers von seiner bereits angekündigten Versteigerung Aehnlichkeiten mit dem Widerruf der nach gemeinem Recht nicht verbindlichen Offerte aufweist. Jhering[2]) gab den benachteiligten Empfängern der Offerte bei Widerruf derselben einen Anspruch auf Schadensersatz auf Grund der Unterstellung einer culpa in contrahendo, so daß es gerechtfertigt erscheint, unsere Frage unter diesem Gesichtspunkt zu beleuchten, ein Vorgehen, mit dem heute

---

[1]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 19 und Motive I., S. 195. Einen weiteren, die culpa in contrahendo umfassenden Tatbestand enthalten dagegen Code civil, a. 1382, Codice civile a. 1151, Oesterr. Allg. BGB § 1295 Abs. 1, Schweiz. Obl. R. Art. 41 Abs. 1, BGB der Russischen Sowjetrepublik § 403. Zu bemerken sei, daß die herrschende Lehre für das römische Recht die Annahme einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ablehnt. (So Schulze S. 1 und Meyer S. 35.) Das mag damit zusammenhängen, daß man in Rom andere Rechtsbehelfe hatte. So behalf man sich z. B. bei verschuldeter Nichtigkeit eines Vertrages (diesen Fall hat Jhering bei Behandlung der Frage der Haftung für culpa in contrahendo vornehmlich im Auge) mit einer actio in factum, so Dig. 11, 7, 8, 1. und, wenn es wenigstens äußerlich zum Abschluß eines Vertrages gekommen war, mit der Kontraktklage, so Dig. 18, 1. 62, 1. (Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900 Bd. 2, § 307 Anm. 5). Jedoch finden sich in den Digesten verschiedene Stellen, aus denen die Gegenmeinung, die in erster Linie von Jhering in seinen Jahrb. B. 4 S. 1 ff. und Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, 1910, S. 4, vertreten wird, eine Haftung für culpa in contrahendo herleiten will. Auch im gemeinen Recht, das sich auf dem römischen Recht aufbaut, ist die Wissenschaft zur Ablehnung der Haftung aus culpa in contrahendo gelangt, (so Schulze S. 2).

[2]) Jhering in seinen Jahrb. Bd. 4, S. 86 f. und Regelberger, Erörterungen, S. 75.

in der Literatur gerade bei Aufforderungen zur Stellung von Offerten und späterem Zurückstehen von diesen zur Begründung eines Ersatzanspruches operiert wird.

Die Frage nun, ob ein nichtdeliktisches Verhalten bei und vor Abschluß eines Vertrages eine Schadensersatzpflicht begründen kann, hat seit Jherings Abhandlung über die culpa in contrahendo [1]) nicht aufgehört, die Wissenschaft zu beschäftigen. Diese hat sich dann bemüht, die Lehre auf einen festen Grund zu stellen. Leonhard förderte das Problem durch seine beiden Schriften „Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß" und „Verschulden beim Vertragsschluß". Das Jheringsche und Leonhardsche Gebäude der culpa in contrahendo wurde von Siber [2]) weiter durch ein gemeinsames Fundament unterbaut. Auch die Gerichte konnten sich diesem Problem nicht verschließen. Sie erkannten zuerst nur schrittweise die Haftung für culpa in contrahendo, später aber vollends an, so daß heute im Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB [3]) die Frage der Haftung für culpa in contrahendo „als ausgemachte Sache" bezeichnet wird. Die Spezialliteratur wuchs und beschränkte sich im wesentlichen darauf, die Erkenntnisse der Gerichte zu sammeln und rechtsdogmatisch zu erläutern.

Zu erwähnen ist hier noch, daß es nach Schulze [4]) nicht mehr angängig ist, schlechthin vom Verschulden beim Vertragsschluß zu sprechen, da Stoll [5]) bei Behandlung dieser Lehre drei Gruppen von Fällen der culpa in contrahendo aufgestellt hat, nämlich:

1. Fälle der Haftung für Nichtigkeit des Vertrages,
2. Fälle der Haftung für das Verhalten beim Vertragsschluß,
3. Fälle der Haftung für das Verhalten vor Vertragsschluß.

Es wird daher von Raiser [6]) mit Recht hierzu bemerkt, daß es Stolls Verdienst ist, wenn die Lehre heute das alte Gewand der culpa in contrahendo mit dem angemesseneren Kleid „der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen" vertauscht hat.

Unter die dritte Gruppe, Fälle der Haftung für das Verhalten vor Vertragsschluß, fällt die hier zu behandelnde Frage. Diese Fälle der Haftung für das Verhalten vor Vertragsschluß sind zahlreich und wenig geklärt. Der Gesichtspunkt der culpa in contrahendo wird nach Stoll hier oft gar nicht erwähnt, ist aber trotzdem durchaus zutreffend, wie die weitere Untersuchung zeigen wird.

b) Die Untersuchung hierbei geht dahin, ob die überaus strittigen Voraussetzungen für eine Haftung für culpa in contrahendo gegeben sind:

α) ob durch die Ankündigung der Versteigerung das Stadium begründet wird, in das die culpa in contrahendo

---

[1]) Jhering in seinen Jahrb. Bd. 4, S. 1 ff.; culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen.

[2]) Siber in Plancks Kommentar z. BGB, Bd. II, 1, IV. Aufl., Berlin 1914, S. 190 ff.

[3]) Komm. RGR. S. 408/9 zu § 276.

[4]) Schulze, S. 7.

[5]) Stoll in Leip. Ztschr. 1923, S. 533.

[6]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 26.

zu verlegen ist, ob also im Falle der Versteigerungsankündigung vom Stadium der Vertragsverhandlungen, von einem rechtsgeschäftlichen Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen mit rechtsgeschäftlich-schuldrechtlicher Haftung gesprochen werden kann;

β) ob vor dem Abschluß der in der Versteigerung zu schließenden Verträge aus dem so etwa gefundenen Vorstadium zu diesen, auch wenn diese später, wie in dem hier zu behandelnden Falle, nicht zustande kommen, eine rechtsgeschäftliche Sorgfaltspflicht des Versteigerers bestehen kann und welches deren Grundlage ist;

γ) ob das negative Vertragsinteresse als Folge der culpa in contrahendo bei Behandlung unserer Frage für die Adressaten der Versteigerungsankündigung von Nutzen ist[1]):

Zu α): Die verschiedenen Rechtsanschauungen hierüber:

αα) die Friedrichs:

Jhering faßte seine Theorie von der culpa in contrahendo in den Satz zusammen: „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt, wie für gewordene, so auch für werdende Kontraktverhältnisse".[2]) Hiermit ist auf das Vorstadium eines Vertrages, oder nach Weindel[3]) auf das Stadium des Werdens eines Vertrages abgestellt. Wann von einem solchen Vorstadium die Rede sein kann, ist generell nicht festzulegen,[4]) sondern in jedem Einzelfall zu prüfen und im Falle der Versteigerungsankündigung zu bejahen. Jedenfalls soviel kann man hier mit Friedrichs sagen, daß die Vertragsverhandlungen nicht oder in den seltensten Fällen mit einem verbindlichen Antrag beginnen,[5]) wogegen Oertmann[6]) zu sein scheint, da er erst und dann noch „gegebenenfalls" in der Stellung eines Antrages die Einleitung von Vertragsverhandlungen sieht. Denn alle Vorverhandlungen zum Abschluß von Verträgen haben den Zweck, die Offerte vorzubereiten[7]) und pflegen regelmäßig einer solchen vorauszugehen. Und in die Reihe dieser den Vertragsschluß vorbereitenden Verhandlungen gehört auch die Versteigerung,[8]), die aus fünf Willenserklärungen besteht, zu denen auch die Bekanntmachung, also Ankündigung der Versteigerung, zählt,[9]) die, wie bereits festgestellt, ja im allgemeinen eine

---

[1]) In dieser Reihenfolge geht auch Stoll in seiner Abhandlung über das Verhalten während der Vertragsverhandlungen in Leip. Ztschr. 1923 S. 536/37 vor.

[2]) Jhering in seinen Jahrbüchern, Bd. 4, S. 52.

[3]) Weindel, S. 8.

[4]) Meyer, S. 5. Eine engere Festlegung läßt der Begriff des Endpunkts der Vertragsverhandlungen zu. Führen diese zum Vertragsschluß, dann ist mit diesem auch gleichzeitig der Endpunkt der Vertragsverhandlungen gegeben und zwar derart, daß der Abschluß selbst das letzte Glied in der Kette der Vertragsverhandlungen ist (so Meyer, S. 6).

[5]) Friedrichs, S. 19.

[6]) Oertmann in Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 127.

[7]) Frensdorf, S. 36/37.

[8]) Rösen, S. 1 und S. 7.

[9]) Günther-Hein, S. 17.

invitatio ad offerendum, also eine Aufforderung, in Vertragsverhandlungen einzutreten, ist. Hiermit kann man also nach Friedrichs sehr wohl das rechtsgeschäftliche Vorstadium in Bezug auf die später in der Auktion abzuschließenden Verträge beginnen lassen, in das die culpa in c o n t r a h e n d o zu verlegen ist.

ββ) die Loewenwarters:

In der neuesten Literatur wird diese Meinung gleichfalls häufig vertreten. So läßt Loewenwarter [1]) auch mit der Aufforderung zur Abgabe von Offerten, wie es bei der Versteigerungsankündigung der Fall ist, das rechtsgeschäftliche Vorstadium eines Vertrages beginnen, indem er auf folgenden Fall hinweist: „Es ist nicht einzusehen, weshalb von einer Haftung für culpa in contrahendo nicht die Rede sein soll, wenn jemand fahrlässig Waren annonciert, — also zum Eintritt in Vertragsverhandlungen auffordert —, und daraufhin Kauflustige Aufwendungen machen, insbesondere anreisen, die aber die angepriesene Ware nicht vorfinden". Es ist dies ein Fall, der dem hier zu behandelnden vollkommen gleichsteht, wenn man im Einzelfalle beim Versteigerer ein Verschulden unterstellt.[2]) So erscheint im Falle der Ankündigung einer Versteigerung nach Loewenwarter selbst die Annahme eines sog. rechtsgeschäftlichen Vorstadiums zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen, — um mit seinen Worten zu sprechen — „durchaus nicht gekünstelt, sondern zwanglos".[3])

γγ) die v. Tuhrs:

In derselben Richtung liegt die Ansicht v. Tuhrs. Er läßt, wenn eine Partei der andern mitteilt, wie es bei der Versteigerungsankündigung in Form einer Aufforderung zur Abgabe von Offerten geschieht, unter welchen Bedingungen sie den künftigen Vertrag zu schließen bereit sei, mit dieser Aufforderung ein Rechtsverhältnis mit rechtsgeschäftlichen vorvertraglichen Verpflichtungen entstehen, welches nicht durch einen Vertrag begründet zu sein braucht.[4]) Die Parteien stehen jetzt sich nicht mehr als ganz fremde Personen gegenüber, für die nur das Deliktsrecht gelten würde, sondern sie haften rechtsgeschäftlich-schuldrechtlich.[5]) Diese Ansicht wird auch von Raiser [6]) vertreten und auch für die eigentliche ratio der Haftung für das Verschulden beim Vertragsschluß gehalten. Daher richtet sich, so führt v. Tuhr weiter aus, die Haftung für Verschulden Dritter bei Vertragsverhandlungen nicht nach § 831, sondern nach § 278 BGB, so auch v. Staudinger.[7]) Auch wird daher nach ihm nicht, wie

---

[1]) L o e w e n w a r t e r, Wegweiser durch das BGB, S. 98, Lehrkommentar zum BGB, Bd. 2, S. 56/57.

[2]) Das Verschulden bei der Ankündigung der Versteigerung, wie später noch gezeigt wird, ist zeitlich etwas anders gelagert.

[3]) L o e w e n w a r t e r in Ju.Wo.Schr. 1921, S. 1307.

[4]) v. T u h r in Arch. ziv. Prax. Bd. 121, 360 und v. T u h r, Der Allg. Teil des Dtsch. BGB, Bd. 2, 1, S. 486; ebenso auslegend auch S t o l l in Leipz. Ztschr., S. 544.

[5]) v. T u h r in Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 360.

[6]) R a i s e r in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 22.

[7]) v. S t a u d i n g e r, Bd. 2, Recht der Schuldverh. 1930, S. 295.

gemäß § 826 BGB., nur für Vorsatz, sondern auch für Fahrlässigkeit gehaftet. v. Tuhr bezeichnet dies als eine in der neueren Dogmatik hervortretende und seiner Ansicht nach an Boden gewinnende Anschauung im Gegensatz zu Oertmann.[1])

δδ) die Stolls:

An diese Lehre v. Tuhrs knüpft Stoll seine Ansicht über die Haftung für culpa in contrahendo an. Er spricht bei seiner Abhandlung [2]) auch von einem Stadium der Vertragsvorbereitung. Er konstruiert ein besonderes „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen", welches er mit der reinen Tatsache,[3]) oder, wie er an anderer Stelle sagt, mit dem einseitigen Rechtsgeschäft der Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen,[4]) m. a. W. nach Schulze mit der Aufforderung zur Abgabe von Offerten,[5]) wie es eben bei der Versteigerungsankündigung der Fall ist, zustande kommen läßt, ohne daß es einer besonderen Willenserklärung, noch einer Vereinbarung bedarf [6]) und das er als Schuldverhältnis bezeichnet. Man hat sich nun häufig gegen ein solches durch die Tatsache oder das einseitige Rechtsgeschäft oder durch die geschäftsähnliche Vorbereitungshandlung [7]) der Aufforderung zur Abgabe von Offerten begründete Schuldverhältnis ausgesprochen, weil die Zahl der durch einseitiges Rechtsgeschäft entstehenden Schuldverhältnisse geschlossen, also für sie ein numerus clausus vorgesehen sei, so Planck-Siber Bd. II, 1, S. 193/94. Fürst spricht sich in Leipz. Zeitschr. 1910 S. 177 dafür aus. Auch Meyer [8]) neigt sehr dieser Ansicht zu und Raiser [9]) lehnt diese Frage nicht direkt ab, sondern bezeichnet sie nur als zweifelhaft, während vor allem neuerdings auch Heck [10]) die Ansicht Stolls zu teilen scheint. Auch ist zu berücksichtigen, daß diese Frage noch gar nicht recht geklärt ist, da die einschlägige Literatur über Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften sehr spärlich ist.[11]) Jedenfalls ist im Sinne Stolls m. E. ein solches Schuldverhältnis möglich, da Stoll im Anschluß an Siber einen besonderen Begriff des Schuldverhältnisses als „Organismus" aufgestellt hat, das seine Erscheinungsform beliebig wechseln kann und worauf später noch zurückzukommen sein wird. Auf die praktische Brauchbarkeit dieses Stollschen Schuldverhältnisses wird auch von Schulze [12]) hingewiesen, wenn er sagt: „Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß sehr wohl Tatbestände denkbar sind, die zur billigen Lösung die Anwendung der Stollschen Lehre bedingen." Raiser billigt dieses Schuldverhältnis Stolls nicht, da nach ihm

---

[1]) Oertmann in Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 124, 125.
[2]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923. S. 532 ff.
[3]) Stoll in Ju.Wo.Schr. 1928. S. 1285.
[4]) Stoll in Leipz. Ztschr. 1923. S. 544, u. hierauf eingehend Schulze, S. 11.
[5]) Schulze, S. 11.
[6]) Stoll in Jur.Wo.Schr. 1928. S. 1285.
[7]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 22.
[8]) Meyer, S. 45.
[9]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 22.
[10]) Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 124.
[11]) Ostwald, S. 144, Anm. 2.
[12]) Schulze, S. 23

sicherlich durch die Ankündigung der Versteigerung das Stadium der Vertragsverhandlungen geschaffen ist, das er stets eintreten läßt, sobald irgendwie eine Einwirkung in eine fremde Interessensphäre stattgefunden hat. Daher ist nach ihm das Stollsche Rechtsverhältnis nicht notwendig,[1]) wohingegen auch Ostwald ein ähnliches Rechtsverhältnis wie Stoll konstruiert, das er nur „Sonderverbindung“ [2]) nennt, wodurch das Stadium der Vertragsverhandlungen begründet wird. Auch das Reichsgericht spricht in Bd. 114, S. 159, Bd. 120, S. 249 von einem durch die Vertragsverhandlungen begründeten Rechtsverhältnis, eine Ansicht, zu der es sehr spät gelangt ist, anscheinend unter dem Einfluß von Stoll,[3]) so daß nach Faber [4]) ausdrücklich die in früheren Entscheidungen gemachten Einschränkungen in Form eines Vertrauensverhältnisses aufgehoben sind.[5]) Das Reichsgericht [6]) ließ z. B. schon mit der bloßen Mitteilung an einen Vorkaufsberechtigten vom Verkaufe des Grundstücks das vorvertragliche Stadium beginnen, in dem für culpa in contrahendo gehaftet wurde.

εε) die von Herholz:

Sehr nahe — ja man könnte diese beiden Ansichten identifizieren, denn es ist m. E. sehr gut möglich, daß Stoll ein Begriff, wie die „Rahmenbeziehung“ von Herholz vorgeschwebt hat [7]) — dieser Ansicht Stolls steht die von Herholz. Nach ihm ist das Handeln eines jeden in der Absicht, ein Rechtsgeschäft zum Abschluß zu bringen, wie eine solche bei der Ankündigung einer Versteigerung vorliegt, damit zum rechtlich erheblichen Handeln geworden. Derartige Handlungen werden zum Tatbestandsmerkmal der Entstehung eines Schuldverhältnisses, das Herholz als „Rahmen- oder Mantelbeziehung“ im Gegensatz zu der durch einen Vertrag geschaffenen „Leistungs-, Inhalts- oder Vertragsbeziehung“ bezeichnet, und das bereits mit der Eröffnung der Beziehung durch einen Teil, in unserem Fall also durch den Versteigerer, geschaffen ist. Er nennt dies so, da die auf diese Weise geschaffene Beziehung zwischen den Parteien noch eine lose, eine allgemeine ist, solange sie noch nicht durch eine „Leistungs- oder Vertragsbeziehung“ ausgefüllt ist. Hiermit ist nach ihm ein rechtsgeschäftliches Vorstadium zu den später in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen desgleichen gegeben. Denn nach Herholz sind jetzt durch die Ankündigung der Versteigerung die Parteien miteinander, wie wir jetzt nach ihm sagen können, in

---

[1]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 23/24 und siehe auch Leonhard, Allg. Schuldrecht 1929, S. 554, der Raiser ebenso auslegt.

[2]) Meyer, S. 44.

[3]) Schulze, S. 30.

[4]) Faber, S. 14.

[5]) Zum besseren Verständnis hierzu sei bemerkt, daß das Reichsgericht z. B. die Einschränkung im Bd. 88, S. 105 fallen gelassen hat, die dahinging, daß von einer verletzbaren Rechtspflicht, dem Käufer vor Vertragsschluß erhebliche den Vertragszweck betreffende Tatsachen bekannt zu machen, nur dann gesprochen werden könne, wenn zwischen den Vertragschließenden schon zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vertrauensverhältnis bestand. Vergleiche auch S. 54 dieser Abhandlung.

[6]) Stoll zu R.G. in Ju.Wo.Schr. 1927. S. 1518.

[7]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 284 ff.

rechtsgeschäftliche Beziehung getreten, so daß sie hiermit den sonst für alle geltenden Normenkomplex der unerlaubten Handlungen überschritten haben und in die Sphäre des Schuldrechts eingetreten sind.[1])

ζζ) die von Koerfer und Enneccerus-Lehmann:

Nach anderer Ansicht entstehen relative vorvertragliche Beziehungen in Form eines Schuldverhältnisses, das im Gegensatz zu Stoll auf Gesetz beruhen soll, sobald jemand seinen Entschluß, zu kontrahieren, irgendwie zu verwirklichen beginnt, und das ist nach Koerfer[2]) zum mindesten der Fall, wenn jemand an einen andern die Aufforderung zur Abgabe von Offerten ergehen läßt, wie es bei der Versteigerungsankündigung im allgemeinen vorliegt, die wir ja als Aufforderung zur Abgabe von Offerten charakterisiert haben. In gleicher Richtung liegt die Meinung von Enneccerus-Lehmann,[3]) der durch die Offerte und nicht minder auch durch die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen, also auch durch die Ankündigung der Versteigerung, ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehen läßt, in das die Frage der Haftung für culpa in contrahendo zu verlegen ist. Diese Ansicht von Lehmann in seiner Bearbeitung des Lehrbuchs von Enneccerus hat also die früheren gegenteiligen Meinungen von Enneccerus aufgegeben (siehe die früheren Auflagen § 250).

ηη) die Fischbachs:

Der Ansicht Stolls und auch dem Falle der Ankündigung der Versteigerung sehr nahe steht die Auffassung Fischbachs[4]) über das rechtsgeschäftliche Vorstadium eines künftig erst abzuschließenden Vertrages. Er argumentiert damit, daß dem eigentlichen Vertragsschluß regelmäßig Handlungen vorausgehen, die zwar nur vorbereitender Natur sind, gleichwohl aber rechtliche Wirkungen auszulösen vermögen und daß man hier von vorbereitenden Rechtsverhältnissen sprechen kann. Dieses vorbereitende Rechtsverhältnis, das Fischbach konstruiert, ist aber, wie von anderer Seite dargelegt wird,[5]) nichts anderes als der Beginn des Stadiums der Vertragsverhandlungen über die künftig in der angekündigten Versteigerung abzuschließenden Verträge. Zweifellos stellt die Ankündigung der Versteigerung als Aufforderung zur Abgabe von Offerten eine Vorbereitungshandlung zu den künftig in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen im Sinne Fischbachs dar, da sie eben, wie er es verlangt, den bezweckten Erfolg, eben diese Verträge tatsächlich vorbereitet. Uebrigens führt Fischbach einen Fall an, der dem der Ankündigung der Versteigerung ähnlich gelagert ist, und bei dem es sich um die Uebersendung eines Modells an eine Fabrik handelt, um nach der Absicht des Eigentümers desselben den späteren Ankauf des Mo-

[1]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 277 und S. 296. Herholz drückt sich so aus. Zwar ist m. E. dieser Ausdruck nicht ganz korrekt, da in die Sphäre des Schuldrechts auch die unerlaubten Handlungen gehören. Er meint wohl unter dem Ausdruck „Sphäre des Schuldrechts" die Sphäre des rechtsgeschäftlichen Schuldrechts.

[2]) Koerfer, S. 63/64.

[3]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1930, S. 94.

[4]) Fischbach, in Arch. f. B. R., Bd. 41, S. 160 ff.

[5]) Zweig, S. 10; Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 535, Anm. 9

dells seitens der Fabrik vorzubereiten. Hiermit ist nach Fischbach das Vorstadium des späteren Kaufvertrages über das Modell begründet worden, wo für culpa in contrahendo rechtsgeschäftlich-schuldrechtlich und nicht bloß nach § 826 BGB. gehaftet wird.[1])

dd) die Niendorfs:

Nach Niendorf[2]) dagegen würde durch die Ankündigung der Versteigerung noch nicht das Stadium begründet werden, in dem für culpa in contrahendo rechtsgeschäftlich-schuldrechtlich gehaftet wird. Nach ihm würde in diesem Falle lediglich nach Deliktsrecht eine Haftung eintreten. Denn nach seiner Ansicht ist nach § 278 BGB ein Anspruch gegen den Vermieter nicht gegeben, wenn der Mieter vor der Uebergabe bei der Besichtigung der Instandsetzungsarbeiten durch Verschulden des Fahrstuhlführers verunglückt.

ii) die Gepperts:

In gleicher Richtung liegt neuerdings die Meinung Gepperts,[3]) der durch die Ankündigung der Versteigerung ein vorvertragliches Stadium mit rechtsgeschäftlich-schuldrechtlicher Haftung nicht anerkennen will.

kk) die Josefs und Ortners:

Den gleichen Standpunkt vertreten Josef und Ortner. Nach Ortner sind die Parteibeziehungen vor der Perfektion eines Vertrages nur tatsächlicher Art ohne jeden rechtsgeschäftlichen Einschlag. Was in diesem Stadium liegt, bezeichnet er als etwas vollkommen Außervertragliches, wobei alles nach Deliktsrecht gewertet wird,[4]) so daß nach ihm und Josef die Frage nach einer etwaigen Haftung des Versteigerers wegen culpa in contrahendo gar nicht aufgeworfen werden kann. Diese Ansicht teilt auch Riehl.[5]) Nach ihm bilden in contrahendo allein die Vorschriften über unerlaubte Handlungen die Grenze des Erlaubten. So betrachten denn Josef, Ortner und Riehl die Ankündigung der Versteigerung als etwas rein Tatsächliches, da sie eine bloße Aufforderung zur Abgabe von Offerten darstellt und eine solche nach ihnen noch in der tatsächlichen vollkommen außervertraglichen und außerrechtsgeschäftlichen Sphäre liegt. Den gleichen Standpunkt würde m. E. auch Gierke[6]) vertreten, da er meint, die Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 307 BGB. sei nicht rechtsgeschäftlicher sondern deliktischer Natur. Er würde sich in unserem Falle also noch für das Vorliegen der deliktischen Sphäre aussprechen mit der Haftung nach Deliktsgrundsätzen.

Diese letzteren Ansichten finden ihre stärkste Widerlegung in der oben angegebenen Meinung Loewenwarters, so daß nach einem treffenden Ausdruck Fabers,[7]) der Versteigerer und die

[1]) Gleiche Auslegung erfährt die Meinung Fischbachs durch Stoll in Leipz. Ztschr., S. 535, Anm. 9.
[2]) Niendorf, S. 78; Lazar, S. 41.
[3]) Geppert in Gruch. Beitr., Bd. 69, S. 540.
[4]) Ortner, S. 71 und 73 und Josef in „Das Recht", 1916, S. 473 ff.
[5]) Riehl in Gruch. Beitr., Bd. 60, S. 790 ff.
[6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, § 177, II, 2a Anm. 10.
[7]) Faber, S. 68.

Adressaten der Versteigerungsankündigung sich auf einem Zwischengebiet zwischen vertraglicher und außervertraglicher, also vertragsähnlicher Rechtsbeziehung befinden, wo rechtsgeschäftlich-schuldrechtlich gehaftet wird.

Zu β):

αα) Die Heranziehung analoger Vorschriften aus den verschiedensten Rechtsgebieten:

Es ist damit festgelegt worden, daß durch die Ankündigung der Versteigerung gegenüber den Adressaten derselben das außervertragliche Stadium überschritten ist, und das rechtsgeschäftliche Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen, in das die Frage der Haftung für culpa in contrahendo verlegt werden kann, eingetreten ist.

Als eine hiermit eng zusammenhängende Frage ergibt sich, ob auf Grund dieses rechtsgeschäftlichen vorvertraglichen Stadiums bereits eine rechtsgeschäftliche Sorgfaltspflicht für den Versteigerer besteht, bei deren schuldhafter Verletzung wegen culpa in contrahendo die Adressaten der Versteigerungsankündigung bei Nichtabhaltung der Versteigerung Ersatz ihrer Aufwendungen geltend machen könnten. Eine solche konkrete Sorgfaltspflicht muß unbedingt gefunden werden, da sie notwendige Voraussetzung für die Frage der Haftung für culpa in contrahendo des Versteigerers ist. Wie denn überhaupt, so führt Krückmann[1]) aus, von einer abstrakten Sorgfaltspflicht nicht die Rede sein kann, sondern immer festgestellt werden muß, in Bezug auf welche konkrete Pflicht und ihre Erfüllung eine Sorgfaltspflicht besteht. Denn wenn jemand für sein Verhalten einstehen soll, so muß nach der Auffassung unseres Rechtslebens eine Pflicht zu bestimmtem Verhalten für ihn bestehen. Wir müssen also prüfen, ob schon vor Vertragsschluß rechtsgeschäftliche Pflichten unter den Personen wenigstens in einzelnen gesetzlichen Vorschriften anerkannt sind im Gegensatz zu den nur aus den Deliktstatbeständen zu folgernden allgemeinen Pflichten.

Zur Begründung einer solchen Sorgfaltspflicht werden Vorschriften des Gesetzes analog herangezogen. Und in der Tat hat auch die geltende Rechtsordnung eine Reihe solcher Pflichten aufgestellt. So wird betont, daß außer der Sorgfaltspflicht bei Abgabe der Erklärung (§§ 122, 179 BGB.) den §§ 307, 309 BGB., bei denen zwar äußerlich ein Vertragsschluß vorliegt, der sich aber später als nichtig erweist, eine Erkundigungspflicht vor Vertragsschluß zugrunde liegt, ob eine zu versprechende Leistung möglich und erlaubt ist. Die §§ 694, 524 Abs. 1 BGB. zeigen die Aufklärungspflicht des Hinterlegers und des Schenkers über die zu verwahrende bzw. zu schenkende Sache. Vor Vertragsschluß muß der Hinterleger sich vergewissern, ob der Verwahrer durch sie gefährdet werden könnte. Die Haftung für arglistig verschwiegene Rechts- und Sachmängel (§ 463 BGB.) beruht auf einer Mitteilungspflicht, die schon beim Vertragsschluß vorhanden sein muß. Nicht konsequent durchgeführt scheint mir die Ansicht

[1]) Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, S. 202.

Staubs[1]) zu § 463 BGB. zu sein. Er erkennt zwar richtig, daß es sich um einen vorvertraglichen Anspruch bei Verletzung dieser Pflicht handelt, spricht aber gleichwohl von einer Verletzung vertraglicher Pflichten. Das Börsengesetz (§ 41) macht die den Prospekt erlassende Bank für eine fahrlässige Verletzung ihrer Prüfungspflicht dem Erwerber der schlechten Aktie haftbar; das VVG. §§ 6, 16 hat endlich weitergehend eine Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers vor Vertragsschluß anerkannt. Während in diesen Fällen ein Vertragsschluß zum Tatbestand gehört, ist in einzelnen Normen eine Haftung auch ohne Vertragsschluß anerkannt. So ergeben die §§ 663, 665 BGB. § 30 RAO., §§362, 363 HGB. eine Mitteilungspflicht für Personen, die sich zur Besorgung von Geschäften öffentlich erboten haben, wenn sie im Einzelfall die Ausführung des Auftrages, also doch gerade den Vertragsschluß, ablehnen wollen. Ebenso finden sich rechtsgeschäftliche Pflichten vor Vertragsschluß in den §§ 523, 528, 600 BGB. und § 45 Bin. Sch. Ges.[2]).

Diese Vorschriften sind nun der Analogie fähig[3]), was besonders in einer Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts[4]) betont worden ist, und auszudehnen auf Fälle, in denen das Verhalten einer Partei, so wie es in der hier zu behandelnden Frage bei Nichtabhaltung der angekündigten Versteigerung der Fall ist, das Zustandekommen des Vertrages verhindert und dadurch den Gegner schädigt.[5]) So sprach sich das Reichsgericht in Jur. Wo. Schr. 1922 S. 1313 auch im Falle der Nichtigkeit des Vertrages durch versteckten Dissens für Haftung der fahrlässig handelnden Partei wegen culpa in contrahendo aus. M. E. scheint Staudinger[6]) sich hier gegen eine Haftung für culpa in contrahendo zu entscheiden, aber nach Raiser[7]) kann mit Recht kein Zweifel darüber sein, daß diese vom Reichsgericht ausgesprochene Haftung in das Gebiet der culpa in contrahendo gehört.

Hiergegen wendet sich nun in ganz entschieden ablehnender Weise Örtner in seiner Abhandlung, indem er ausführt: „Da ein allgemeiner Grundsatz für die Haftung für culpa in contrahendo im BGB. nicht enthalten ist, so versagt auch die Analogie, die nur dann Geltung und Bedeutung hat, wenn sie sich im Rahmen des Gesetzessystems bewegt, d. h. aus im Gesetz selbst vorhandenen Grundgedanken durch deren entsprechende Anwendung und vergleichende Schlußfolgerung in logischer Weise ergibt. Dem ist aber mit Meyer[8]) mit Recht entgegenzuhalten, daß diese Zulässigkeit analoger Anwendung der vorhin erwähnten Vorschriften auf Recht beruht, das im Rechtsleben selbst unmittelbar in Erscheinung getreten ist, d. h. auf Gewohnheitsrecht, und daß nach

---

[1]) Staub-Bondi, Bd. I., Anm. 56, Anh. zu § 58.
[2]) Loewenwarter, Wegweiser, S. 98.
[3]) v. Tuhr in Arch. ziv. Parx., Bd. 121, S. 360.
[4]) So RG. 95, 58; 97, 325; 103, 157; 106, 68; 107, 240 und 357; 108, 410; 114, 155; 120, 250.
[5]) Stoll in Leipz. Zeitschr., 1923, S. 533.
[6]) v. Staudinger, Bd. I, § 155, Anm. 5.
[7]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F., Bd. 7, 1927, S. 18 und S. 33
[8]) Meyer, S. 46.

Raiser[1]) den gesetzlichen Fällen einer Haftung aus dem Verhalten während der Vertragsverhandlungen ein latentes Prinzip unseres bürgerlichen Rechts zugrunde liegt, was bedeutet, daß diese Haftungsfälle keine analogieunfähigen Sonderbestimmungen darstellen.

Besonders stark wird die Analogie des § 307 BGB. betont, die zur Begründung der Haftung für culpa in contrahendo nach Brecht[2]) nicht zu umgehen sei. Levy[3]) hält allein die Analogie des § 307 BGB für erwägbar, der wirklich einen Fall von culpa in contrahendo betreffe.

Nach anderer Ansicht[4]) ist der ganze Streit über die Analogiefähigkeit ebengenannter Vorschriften überflüssig, wenn man die Frage der Haftung für culpa in contrahendo vom Standpunkt des Rechtsscheinprinzips aus betrachtet.

ββ) Die verschiedenen Rechtsmeinungen hierüber und die Praxis des Reichsgerichts.

Aus diesem Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen, aus diesem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen, wie Stoll unter Billigung von Heck im Anschluß an v. Tuhr es nennt und auch von Enneccerus-Lehmann gelehrt und neuerdings auch vom Reichsgericht in Bd. 120 S. 249 vertreten wird, und mit dem auch Fischbach mit seinem vorbereitenden Rechtsverhältnis einig geht, oder aus der Rahmenbeziehung im Sinne von Herholz, entspringen nach Ansicht all dieser Autoren die verschiedenartigsten Pflichten, insbesondere Mitteilungspflichten.[5]) Die Rahmenbeziehung nach Herholz[6]) schafft vorerst nur Pflichten auf der einen Seite, also auf der Seite des Versteigerers, und ein Recht auf Beobachtung dieser Pflichten auf der anderen Seite, also auf Seiten der Adressaten der Versteigerungsankündigung. Und der Versteigerer, der durch seine Ankündigung das Schuldverhältnis als Rahmenbeziehung geschaffen hat, hat nach Herholz infolgedessen die Pflicht, alles zu tun, um eine Verletzung des Interessenkreises der Adressaten der Versteigerungsankündigung, der eben, wie Herholz es verlangt, in den Gefährdungskreis der Rahmenbeziehung getreten ist, zu verhindern. Das kann er aber nur, wenn er den Adressaten gegenüber die Mitteilung macht, daß die angekündigte Versteigerung ausfällt. Es besteht daher eine solche Mitteilungspflicht für den Versteigerer, wenn er eine Versteigerung angekündigt hat mit der Wirkung, daß er den Adressaten derselben gegenüber verpflichtet ist, bei anderweitigem Verkauf der Versteigerungsobjekte vor dem Versteigerungstermin Nachricht zu geben, daß die Versteigerung

---

[1]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 29.
[2]) Brecht in Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 282.
[3]) Levy in Jur.Wo.Schr. 1922, S. 1313 Anm.
[4]) Unterhinnighofen, S. 60.
[5]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 545; Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 124; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutsch. BGB, Bd. II, 2, S. 486 ff.; v. Tuhr in Arch. ziv. Prax., Bd. 121, S. 360/61; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930, S. 153 und 194; RG. 120, 249; Fischbach in Arch. f. B. R. Bd. 41, S. 169; Herholz in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 130, S. 277.
[6]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 295, 297, 298.

nicht abgehalten wird. Denn nach Enneccerus-Lehmann,[1]) der auch diese Pflicht des Versteigerers anerkennt, ist jeder verpflichtet, den Gegner hinsichtlich Tatsachen aufzuklären, die für seinen Entschluß von Bedeutung sind. Und das ist die Mitteilungspflicht des Versteigerers, bei deren Erfüllung seitens desselben bei Nichtstattfinden der Versteigerung eben die Adressaten der Versteigerungsankündigung vor nutzlosen Aufwendungen bewahrt würden. Nach Herholz[2]) ist demnach dem Erfordernis genügt, wenn eine solche Mitteilungspflicht des Versteigerers nur erfolgt, soweit der bereits oben erwähnte Interessenkreis der Adressaten der Versteigerungsankündigung durch die Natur der von ihm konstruierten und durch den Versteigerer geschaffenen Rahmenbeziehung in die ihnen entstammende Gefahrenzone gerückt ist. Es ist also eine Pflicht, die sich als Folgeerscheinung der Versteigerungsankündigung darstellt und aus dem durch die Versteigerungsankündigung, durch diese Aufforderung zur Abgabe von Offerten, begründeten rechtsgeschäftlichen Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen nach Loewenwarter, Stoll, Enneccerus und den anderen oben erwähnten Autoren in ihrem dort dargelegten Sinne entspringt und auch unter Zuhilfenahme von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gemäß § 157 BGB, wie Kreß[3]) und Stoll[4]) es tun, herzuleiten und anzuerkennen ist.[5]) Es dürfte überhaupt richtig sein,

---

[1]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1930, S. 153.

[2]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 298.

[3]) Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 584 und S. 584, Anm. 24.

[4]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 546/47 und Stoll in Jur.Wo.Schr. 1927, S. 1086.

[5]) wobei Stoll bemerkt, daß man die Haftung für culpa in contrahendo nicht auf bona fides stützen darf, bevor man den Rechtsgrund nachgewiesen hat, der allein den Anspruch stützen darf, und den wir in dem oben von den einzelnen Autoren auf verschiedenste Weise konstruierten Rechtsverhältnis, begründet durch die Ankündigung der Versteigerung, die Aufforderung zur Abgabe von Offerten, gefunden haben. Und das ist äußerst wichtig, denn das Entscheidende bleibt nach Stoll (in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 543) die Frage nach dem Grund, dem diese Pflichten entstammen.

Verschiedentlich wird aber als Grundlage für diese rechtsgeschäftlichen Sorgfaltspflichten während der Vertragsverhandlungen lediglich Treu und Glauben angesprochen. So sagt Alberti (in Arch. ziv. Prax. Bd. 118, S. 150, 151): „Nach der heutigen Lage wird auf das Bestehen einer Anzeigepflicht über die Verhinderung der Leistung für die Zeit der Vertragsverhandlungen nur aus den Bestimmungen des BGB über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu schließen sein". Ebenso früher RG. Bd. 104, S. 265 ff. Dem ist aber nach Leonhard (Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I, 1929, S. 554) entgegenzuhalten, daß die bona fides nur einen Leitgedanken bietet, nicht aber eine ausreichende rechtliche Begründung. Denn nach Thon (S. 69) setzt die Haftung für bona fides, wie jede andere Obligation, die Existenz einer Obligation zu ihrer Begründung voraus. Es gibt eben nicht eine „actio bonae fidei" schlechthin, oder wie Stoll sagt (in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 539): „Aber wie sollte die Berufung auf Treu und Glauben zu einem Ergebnis führen, solange nicht das Rechtsverhältnis nachgewiesen ist, zu dessen Auslegung allein doch die Grundsätze von Treu und Glauben Anwendung finden können"

daß rechtsgeschäftlich-schuldrechtliche oder, anders gesagt, vorvertragliche Sorgfaltspflichten nicht erst in der Person des Offerenten, sondern schon in der Person desjenigen entstehen, der die Verhandlungen, wie im Falle der Versteigerungsankündigung, einleitet bzw. überhaupt ermöglicht.[1])

Oertmann[2]) dagegen steht auf einem anderen Standpunkt, indem er einschränkend sagt: „daß gegebenenfalls erst die Stellung eines Angebots, einer Offerte, Sorgfaltspflichten begründe.

Ganz gegenteilig ist die Ansicht Leonhards.[3]) Nach ihm darf, wer sich auf Vertragsverhandlungen einläßt, noch nicht zur Vertragssorgfalt verpflichtet werden. Denn eine bloße Umfrage sei ein Akt, den man leichthin vornimmt und der noch vor der Schwelle der Verantwortung liegt. Gleicher Ansicht Riehl,[4]) nach dem die Tatsache der Vertragsverhandlungen niemals eine Steigerung der allgemeinen Pflichten mit sich bringt. Neben den bereits oben erwähnten Autoren findet Leonhard auch einen Gegner in Heldrich.[5]) Dieser will aus den zahlreichen vorvertraglichen Pflichten zur Wahrung der gegnerischen Interessen, die vom Gesetz, wie oben gezeigt, anerkannt werden, das allgemeine Prinzip ableiten, daß jeder, der sich entschlossen hat, zu einem andern zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages in Beziehung zu treten, und diese Entschließung, wie noch nach Meyer[6]) hinzuzufügen ist, dem andern gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, zur Wahrung der gegnerischen Interessen in gewissem Umfang verpflichtet sei.

Diese Mitteilungspflicht für den Versteigerer kann aber auch aus einer Parallele zur Auslobung und dem Widerruf der gemeinrechtlichen Offerte, die beide, wie festgestellt, große Aehnlichkeit mit dem Falle der Versteigerungsankündigung aufweisen, gezogen werden. Wenn der Auslobende widerruft, so muß der Widerruf in der gleichen Weise wie die Bekanntmachung gemäß § 658 Abs. 1 BGB erfolgen,[7]) ebenso wie das Publikum benachrichtigt werden muß bei Erfüllungshindernissen nach der Auslobung.[8]) Und es hatte der widerrufende Offerent nach Regelsberger[9]) im gemeinen Recht die Pflicht zur Benachrichtigung des Anerbotenen vom Widerruf der Offerte eben mit dem Zweck, ihn vor Vermögensnachteilen, die ihm aus einer seinerseits unverschuldeten Verspätung der Ankunft seiner Annahmeerklärung entspringen können, zu schützen. So hat Meyer[10]) denn Recht, wenn er darauf hinweist, daß während der Vertragsverhandlungen, deren Vorliegen wir in unserm Falle bejaht haben, ein schuldhaftes Verhalten in der Verletzung von Pflichten zur Erhaltung des

[1]) Raiser in Arch. ziv, Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 22.
[2]) Oertmann in Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 127.
[3]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht 1929, S. 557.
[4]) Riehl in Gruch. Beitr. Bd. 60, S. 790 ff.
[5]) Heldrich, S. 55.
[6]) Meyer, S. 33.
[7]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930, S. 523.
[8]) Alberti, Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung in Arch. ziv. Prax. Bd. 118, S. 207.
[9]) Regelsberger, Erörterungen, S. 70.
[10]) Meyer, S. 8.

Vermögens des Gegners liegen kann. Und ein solches schuldhaftes Verhalten würde der Versteigerer sich zu Schulden kommen lassen, wenn er die Versteigerungsobjekte vor dem Versteigerungstermin anderweit verkauft und den Termin der Versteigerung herankommen läßt, ohne die Adressaten der Versteigerungsankündigung vom jetzigen Nichtstattfinden der Versteigerung zu benachrichtigen, um sie vor nutzlosen Aufwendungen zu bewahren.

Im Gegensatz zu den oben angeführten Autoren, die die Mitteilungspflicht des Versteigerers auf ein Schuldverhältnis oder Rechtsverhältnis stützen wollen, stehen die Meinungen derer, die sich dahin auslassen, daß Rechtsgrund für diese Mitteilungspflicht, überhaupt für alle vorvertraglichen Sorgfaltspflichten, allein das Gesetz bezw. das durch die Rechtsprechung in dieser Lage geschaffene Gewohnheitsrecht sei. So urteilt Faber.[1]) Seiner Ansicht nach ist Rechtsgrund, causa, für diese Pflichten nicht ein vertragliches oder vertragsähnliches vorbereitendes Rechtsverhältnis, da es gleichgültig sei, ob diese Pflichten dem Willen der damit belasteten Partei entsprechen oder nicht. Wer nämlich Vertragsverhandlungen anknüpft, den treffen vorvertragliche Sorgfaltspflichten, gleichgültig, ob er es wünscht oder nicht. Es müssen daher nach ihm diese vorvertraglichen, rechtsgeschäftlichen Pflichten als durch Gesetz bzw. Gewohnheitsrecht geschaffene schuldrechtliche Verbindlichkeiten der einen zu Gunsten der andern Partei angesehen werden.

Eine ähnliche Ansicht vertritt Meyer,[2]) der, wie bereits hervorgehoben, der Meinung Stolls sehr nahe steht, und der Konstruktion von Herholz eines Schuldverhältnisses als Rahmenbeziehung, als Rechtsgrund für diese Pflichten, entgegentritt. Denn nach ihm ist das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen nur der Rahmen für die Pflichten der Parteien. Der Rechtsgrund, auf dem diese beruhen, ist durch dieses Schuldverhältnis noch nicht gefunden. Die Haftung für culpa in contrahendo charakterisiert Meyer als eine außervertraglich-gesetzliche, die in allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen ihren Rechtsgrund findet.

Einen Rechtsgrund, auf dem diese rechtsgeschäftlichen Pflichten beruhen, hat m. E. Raiser nicht aufgestellt, so daß meiner Ansicht nach die von ihm konstruierten vorvertraglichen Rechtspflichten in der Luft schweben, wie auch Leonhard[3]) der Ansicht Raisers gegenüber äußert. Denn Raiser[4]) lehrt: „Von einem Schuldverhältnis, wie Stoll es aufbaut, braucht man gar nicht zu reden, wo doch die fraglichen Rechtspflichten mühelos an den Tatbestand der Einwirkung in die fremde Interessensphäre angeknüpft werden können."

Gegen die Ansichten von Stoll und Herholz, daß diese Mitteilungspflicht des Versteigerers aus dem von ihnen konstruierten Schuldverhältnis entspringt, wendet sich ganz entschieden Leon-

[1]) Faber, S. 65/66.
[2]) Meyer, S. 45 und S. 49.
[3]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. 1, 1929, S. 554.
[4]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 23.

hard.[1]) Ein solches bestimmtes eigenes Rechtsverhältnis zur Begründung der Haftung für culpa in contrahendo entbehrt nach ihm jeglicher Grundlage, und zwar sucht Leonhard dies mit dem Schuldmoment zu begründen. Er führt an: „Auf die Offerte kann das Rechtsverhältnis im Sinne Stolls und Herholz' nicht gestützt werden, schon weil die Schuld auch beim Gegner des Offerenten liegen kann." Diese Begründung kann m. E. der angängigen Ansicht Stolls und derjenigen von Herholz aber keinen Abbruch tun. Denn dieser Frage des Verschuldens — also der Frage, ob man die Haftung für culpa in contrahendo lediglich an der objektiven Tatsache des Verhaltens einer Partei (Veranlassungsprinzip) anknüpfen will, oder erfordert, daß dieses Verhalten der Partei auch vorwerfbar ist (Verschuldensprinzip) —, wie sie auch zu beantworten ist, kommt nur sekundäre Bedeutung zu. Denn zunächst ist grundsätzlich zu prüfen, ob für eine Partei überhaupt eine Verpflichtung erwachsen kann aus vorvertraglichem Verhalten und welches deren Grundlage ist. Im Grunde genommen ist doch auch Jhering dem Veranlassungsprinzip in Einzelfällen gefolgt, wenn er auch durch die gewaltsamsten Anstrengungen ein Verschulden zu konstruieren versuchte (so z. B. Jhering in seinen Jahrb. Bd. 4, S. 73 und S. 83). Auch schon Koeppen[2]) steht bewußt auf dem Boden des Veranlassungsprinzips. Des weitern hat die Gesetzgebung in Einzelfällen eine Haftung wegen des schädigenden Verhaltens während der Vertragsverhandlungen festgesetzt, ohne ein Verschulden zu fordern, so in den §§ 122, 179 BGB. Aus diesem Grunde vertreten viele die Ansicht, die §§ 122, 179 BGB gehörten nicht zur Kategorie der Haftung für culpa in contrahendo, so z. B. Meyer,[3]) der bei Prüfung der Frage, ob der Anspruch aus § 122 BGB auf dem Rechtsgedanken einer culpa in contrahendo beruhe, im Anschluß an v. Staudinger[4]) zu dem Resultat kommt, daß diese Frage zu verneinen sei. Ferner Schulze,[5]) der folgendermaßen argumentiert: „Die §§ 122, 179 BGB gehören eigentlich nicht in den Rahmen der Aufzählung der gesetzlichen Unterlagen der Haftung für culpa in contrahendo, da sie zwar eine Ersatzpflicht wegen Schädigung durch einen unwirksamen Vertragsschluß folgern, aber nicht eine solche wegen Verschuldens." Im wesentlichen so auch Planck[6]) und Lindemann-Soergel[7]) mit einer Einschränkung, ferner Levy,[8]) welch letzterer vom § 307 BGB sagt, daß nur er wirklich einen Fall von culpa in contrahendo betreffe. Diesen Meinungen ist aber entgegenzuhalten, daß aus den Motiven[9]) zum BGB zweifellos klar hervorgeht, daß die Haftung im Falle der §§ 122, 179 BGB auf dem Ge-

---

[1]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. I, 1929, S. 554.
[2]) Koeppen in Jher. Jahrb. Bd. 11, S. 385.
[3]) Meyer, S. 17.
[4]) v. Staudinger, Bd. I. Anm. I, 2 zu § 122 BGB.
[5]) Schulze, S. 4.
[6]) Planck-Siber, Vorbem. zu §§ 275—292 I, 4a γ S. 191 und Bd. I, Anm. 9 zu § 122.
[7]) Lindemann-Soergel, Bd. I Anm. 3 zu § 122.
[8]) Levy in Jur.Wo.Schr. 1922, S. 1313.
[9]) Mot. I S. 195 und II S. 178 ff., siehe auch Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7 1927, S. 2.

danken der culpa in contrahendo gestützt ist, eine Ansicht, die auch vom Reichsgericht [1]) und vor allem auch von Enneccerus-Lehmann [2]) vertreten wird, aber nach Schulze [3]) wohl nicht so unbestritten ist, wie es nach der Darlegung von Stoll [4]) erscheinen könnte.

Auch hat das Reichsgericht [5]) in einem Falle der Haftung für culpa in contrahendo die Frage nach der Haftung wegen bloßer Verursachung offen gelassen, wogegen sich Levy mit Recht ausgesprochen hat. Ferner hat Titze [6]) in einer Sitzung der Berliner Juristischen Gesellschaft vom 21. Februar 1925 in einem Vortrag über die Haftung für culpa in contrahendo die Ausbaufähigkeit (sei es de lege lata, sei es de lege ferenda) des im § 179 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebrachten Gedankens einer Verursachungshaftung in contrahendo geprüft.

Hieraus ist m. E. mit Recht zu entnehmen, daß allein an der Verschuldensfrage, die Leonhard gegen Stoll und Herholz aufgeworfen hat, deren konstruiertes Rechtsverhältnis nicht scheitern kann, wenn auch zugegeben werden muß, daß das Verschuldensprinzip ein Grundprinzip des BGB ist.[7])

Wohl aber ist Leonhard [8]) recht zu geben, wenn er sich dagegen ausspricht, daß Grund dieser Pflichten und somit der Haftung für culpa in contrahendo der Rechtsschein [9]) sei. Denn der Rechtsschein ist doch kein Rechtssatz, aus dem ohne weiteres Ansprüche hergeleitet werden können.

Daß man sich vielerseits gegen eine Anerkennung der dritten Gruppe der Haftung für culpa in contrahendo, nämlich der Haftung für den Fall des schuldhaften Verhaltens vor Vertragsschluß, und damit gegen das von den oben ausgelegten Autoren konstruierte Schuldverhältnis mit rechtsgeschäftlichen Pflichten und rechtsgeschäftlich-schuldrechtlicher Haftung bei Verletzung derselben sträubt, hängt vielfach damit zusammen, daß man noch allzusehr darauf abstellt, — trotzdem man im Stadium der Vertragsverhandlungen rechtsgeschäftliche Pflichten als bestehend anerkennt —, daß später ein Vertrag gültig abgeschlossen werden müsse, und daß man vielfach noch glaubt, erst mit dem Vertragsabschluß werde dem Geschädigten gegen die Verletzung seiner Interessen ein rechtlicher Schutz verliehen.[10]) Oder mit anderen Worten, durch die das Erfordernis des Vertrages nur umschrieben wird, daß nicht einmal die Offerte, sondern erst ihre Annahme ein Schuldverhältnis erzeuge. Diese Behauptung ist nach Stoll [11]) — und Herholz dürfte m. E. gleicher Ansicht sein — nur bedingt

---

[1]) RG. in Jur.Wo.Schr. 1922, S. 1313.
[2]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930, S. 152.
[3]) Schulze, S. 20.
[4]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 533.
[5]) RG. in Jur.Wo.Schr. 1922, S. 1313.
[6]) Titze in DJZ. 1925, Sp. 491.
[7]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 546.
[8]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. I, 1929, S. 554.
[9]) So Unterhinninghofen, S. 60, und Naendrup, Rechtsscheinforschungen 7.
[10]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 541.
[11]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 538.

richtig, nämlich nur dann, wenn man mit Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis bezeichnet, das erst durch den Abschluß eines Vertrages oder ihm gleichgestellten Akt entsteht. Diese Terminologie ist meiner Ansicht nach zu eng, wie wir noch sehen werden. Prinzipiell anderes gilt im Gegensatz zur Lehre von der Haftung für culpa in contrahendo für die Lehre von der positiven Vertragsverletzung, die eben überhaupt nur nach gültigem Vertragsschluß denkbar ist.

Früher galt einmal in der Praxis des Reichsgerichts der Satz „ohne Vertragsschluß keine Haftung für vorvertragliches Verhalten". Bei diesem Stande der Rechtsprechung mußte natürlich immer vom Klagewege abgeraten werden. An dieser Ansicht hat das Reichsgericht lange festgehalten. Noch in der Entscheidung Jur.Wo.Schr. 1919, 36, führt das Reichsgericht aus: „Kommt es zum Vertragsschluß, so muß jede Partei darauf vertrauen können, daß ihre Vertragsinteressen nicht gegen Treu und Glauben von dem andern Teil mißachtet worden sind und demnächst mißachtet werden". Spätestens im Augenblicke des Vertragsschlusses bestehe eine Wahrheitspflicht, so meint das Reichsgericht noch in Bd. 83, S. 103, eine Behauptung, die Riehl [1]) kaum der Widerlegung für wert hält. Also erkannte das Reichsgericht schon rechtsgeschäftliche vorvertragliche Pflichten vor Vertragsschluß und bei Verletzung derselben eine Haftung an und behandelte diese auch nach Vertragsgrundsätzen, aber den Rechtsgrund dafür hat das Reichsgericht dem erst nachfolgenden Vertrag entnommen. Die Bejahung dieser Haftung mußte aber versagen, wo ein gültiger Vertragsschluß nicht zustande kam,[2]) also auch im Falle der Ankündigung der Versteigerung, wenn diese nicht abgehalten wurde, also der in der Versteigerung zu schließende Vertrag nicht zustande kam. Das ist mit Recht von Levy [3]) und weiter von Enneccerus-Lehmann [4]), Raiser [5]), Ortner [6]) und anderen als ein unzulässiges groteskes „hysteron proteron" bezeichnet (siehe auch unten Note [7]) und gesagt worden, daß es dann un-

---

[1]) Riehl in Gruch. Beitr. Bd. 60, S. 836.
[2]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930, S. 152.
[3]) Levy in Jur.Wo.Schr. 1922, S. 1313 Note.
[4]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930, S. 152.
[5]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 20.
[6]) Ortner, S. 54 ff.
[7]) Einem gleichen „hysteron proteron", das Stoll dem Reichsgericht vorwirft, verfällt Stoll nach Heldrich, und auch droht dieser Einwand der Ansicht von Herholz nach der Meinung Heldrichs (S. 18 ff., insbes. S. 54 ff.), wenn man nach ihm bedenkt, daß auch dem Stollschen Schuldverhältnis als Organismus noch Pflichten vorgelagert seien, die Stoll aber erst aus diesem Schuldverhältnis entnehmen will. Heldrich neigt nämlich zu der Annahme, daß diese Pflichten schon zu einem früheren Zeitpunkte, als während der Vertragsverhandlungen existent seien. Diese Pflichten müssen nach ihm schon bestehen in dem Augenblick, in welchem jemand entschlossen sei, an einen andern zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages heranzutreten. Dem ist aber mit Herholz (in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 294) mit Recht entgegenzuhalten: „Es gibt keine Erkundigungspflicht, sondern nur eine Kundmachungspflicht. Denn nicht die Absicht, zu jemandem in rechtsgeschäftliche Beziehung zu treten, begründet Pflichten, sondern erst die bereits eröffnete Beziehung. Denn es kann nicht heute eine

logisch sei, wenn die Haftung erst aus dem Vertragsschluß entstände, schon für die davorliegende Zeit der Vertragsverhandlungen eine rechtsgeschäftliche Sorgfaltspflicht anzunehmen. Es ist, wie Stoll [1]) bemerkt, für diese Ansicht des Reichsgerichts vielleicht Leonhards Schrift maßgebend gewesen: „Erst dadurch, daß ein Vertrag zustande kommt, erwächst eine Verpflichtung der Parteien, für ihr Verhalten einzustehen. Es wäre nicht richtig, aus bloßen Vorverhandlungen, die nicht zum Ziele führen, eine Haftung abzuleiten; hier fehlt das Moment, das beide Parteien zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet; es erwächst erst daraus, daß eine Einigung, und zwar rechtsgültig zustande kommt". Diesen Standpunkt vertritt Leonhard auch heute noch in seinem jüngst (1929) erschienenen Werk „Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I." S. 556 ff. Dagegen ist aber mit Recht unter Zustimmung von Raiser [2]) nach Stoll [3]), der ein für allemal die Notwendigkeit eines nachfolgenden Vertrages negiert, anzuführen: „Wie man auch den Ersatzanspruch wegen Verschuldens während der Vertragsverhandlungen aus dem nachfolgenden Vertrag zu rechtfertigen versucht, alle Formulierungen und Postulate können nicht über die Alternative hinweghelfen: Entweder gibt es besondere Rechtspflichten gegenüber dem andern Teil schon vor Vertragsschluß, dann müssen sie auch ohne ihn gelten —, oder aber entstehen diese Rechtspflichten erst durch den Vertragsschluß, — dann können sie auch nicht vor, sondern erst mit diesem wirksam werden —." Oder wie Herholz [4]) zutreffend ausführt: „Die Behandlung der culpa in contrahendo muß auch dann Platz greifen, wenn es gar nicht zum Vertrage kommt. Denn, wenn man annimmt, daß die Parteien schon durch die Verhandlungen in ein Rechtsverhältnis treten, so kann es für die Verletzung der aus diesem Rechtsverhältnis sich ergebenden Pflichten nicht darauf ankommen, ob das Ziel der Verhandlungen erreicht wird oder nicht".

Diese Ansicht des Reichsgerichts [5]) und Leonhards [6]) beruhen m. E. auf einer nicht stichhaltigen Begründung, die dahingeht, daß die zum Vertrage führenden Verhandlungen und der Vertragsschluß ein „einheitliches Ganzes" bilden. Dies rechtfertigt die Annahme (!), so sagt das Reichsgericht, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu Vertragspflichten zu machen. Dagegen ist aber meiner Ansicht nach mit Recht nach Ortner [7]) folgendes einzuwenden: „Diese Ansicht, daß Vertrag und Vertragsverhandlungen ein „einheitliches Ganzes" bilden, ist nur von einem außerhalb des Rechtsgebiets gelegenen Gesichtspunst aus richtig. Sie bilden bloß entstehungsgeschichtlich

---

Pflicht entstehen, gestern etwas getan zu haben". Damit erledigt sich m. E. der Stoll wie Herholz von Heldrich drohende Einwand des „hysteron proteron".

[1]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 540.
[2]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 21.
[3]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 543.
[4]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 361.
[5]) RG. in Jur.Wo.Schr. 1912, S. 743[5].
[6]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I, 1929, S. 553.
[7]) Ortner, S. 56/57.

ein Ganzes. Die Vertragsverhandlungen sind nicht Teil des entstandenen Ganzen, sie können sehr gut fehlen, ohne daß dieses dem Rechtsverhältnis Abbruch tut". Und weiter ist mit Meyer [1]) der Ansicht des Reichsgerichts und Leonhards entgegenzuhalten, daß die oben gekennzeichneten Sorgfaltspflichten mit Rücksicht auf den bevorstehenden Vertrag selbständigen Charakter haben.

Von dem Erfordernis eines nachfolgenden Vertrages hat das Reichsgericht, allerdings in nur langsamem Vorwärtsschreiten, Abstand genommen. Schon Levy [2]) nahm an, daß das Reichsgericht in Zukunft eine Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen auch ohne Vertragsschluß anerkennen werde, so daß sich die von Stoll [3]) ausgesprochene Befürchtung, daß sich eine Aenderung der höchstrichterlichen Judikatur nicht durchsetzen werde, nicht bewahrheitet hat. Dies hängt damit zusammen, daß in der Nachkriegszeit, wie Lux [4]) ausführt, die Rechtsprechung den Forderungen des modernen Wirtschaftslebens und der durch den Krieg und die Friedensverhältnisse geschaffenen Entwicklung Rechnung tragend, im Gegensatz zu der alten Konstruktionsmethode zu einer mehr und mehr soziologischen Rechtsprechung überging. Es sei erinnert an die „clausula rebus sic stantibus" und die Einwirkung der Geldentwertung auf bestehende Verträge. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist denn auch nach Schulze [5]) dazu gelangt, die culpa in contrahendo auch ohne nachfolgenden Vertragsabschluß bedingungslos und ohne Einschränkung anzuerkennen.

Eine solche Einschränkung hatte z. B. das Reichsgericht in dem von ihm aufgestellten „vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis gemacht, das auch von Leonhard [6]) als zu unbestimmt und unzureichend bezeichnet wird, und gegen das Siber [7]) ausführt, daß es wohl eine Vertragsfreiheit, aber keine Freiheit vertragsähnlicher Vertragsverhältnisse gibt. Auch hiervon ist das Reichsgericht abgegangen.[8]) So heißt es in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 107, S. 362: „Es sei ein seit Jherings Schrift über die culpa in contrahendo (Jher. Jahrb. Bd. 4, S. 1 ff.) in der Rechtslehre vertretener Satz, daß auch schon vor Abschluß eines Vertrages den über einen solchen verhandelnden Parteien gewisse, auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Mitteilung der Umstände, die auf die Entschließung des anderen Teils über den künftigen Abschluß des Vertrages von Einfluß sein können, begründet sind, und daß deren Nichterfüllung sowohl beim Zustandekommen des Vertrages wie auch beim Nichtzustandekommen eines solchen Schadensersatzverpflichtungen erzeugen". In später ergangenen Entscheidungen Bd. 114, S. 159; 120, 249 leitet es die Haftung für culpa in contrahendo auch für den Fall, daß ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, aus einem

[1]) Meyer, S. 39.
[2]) Levy in Jur.-Wo.-Schr. 1922, S. 1313, Note.
[3]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 538.
[4]) Lux, Schulung für die juristische Praxis, 1928, S. 392.
[5]) Schulze, S. 29.
[6]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. I, 1929, S. 554.
[7]) Siber in Jher. Jahrb., Bd. 70, S. 259.
[8]) Schulze, S. 29.

durch die Vertragsverhandlungen als solche begründeten Rechtsverhältnis, also im Sinne Stolls, her,[1]) was Heck[2]) im Anschluß seiner Kritik an der Lehre Stolls als eine zu billigende Durchbrechung des Vertragsprinzips bezeichnet und wozu Raape,[3]) der auch keinen Vertrag fordert, bemerkt, daß heute diese Lehre bekanntlich marschiere.

So kann heute m. E. die Rechtsprechung als feststehend[4]) dahin bezeichnet werden, daß sie sich zu der Frage, ob für die Anerkennung der Schutzverpflichtungen das Zustandekommen des Vertrages, auf den sich die Verhandlungen beziehen, vorauszusetzen ist, in verneinendem Sinne ausspricht, während noch Kreß[5]) ausführt, daß sich eine sichere Stellungnahme der Rechtsprechung kaum erkennen lasse.

Der Ansicht Leonhards entgegengesetzt, wenn auch mit großen Einschränkungen, ist neuerdings die Meinung Oertmanns[6]) bei der Frage, ob eine vertragliche Haftung aus Verhandlungen auch dann entsteht, wenn diese auch nicht einmal zu dem äußeren Tatbestande eines Geschäfts geführt haben. Die einzige Möglichkeit, eine Verantwortlichkeit zu begründen, beruht nach ihm auf dem Gesichtspunkt, daß bereits die Einleitung von Vertragsverhandlungen (wie Stoll und die andern oben erwähnten Autoren meinen) eine gewisse Sorgfaltspflicht begründe. Oertmann will nicht bestreiten, daß das ein an sich beachtenswerter rechtspolitischer Gedanke sei, der vielleicht noch eine große Zukunft habe und der vollsten Aufmerksamkeit wert sei. Man dürfe allerdings nicht zu weit gehen, da diese Frage vom subjektiven Ermessen des einzelnen abhinge und man so schließlich aus dem festen Gefüge der Gesetze in das Gebiet schrankenlosen Subjektivismus kommen könnte.

Daß das Erfordernis des Vertrages nicht notwendig ist, hat Kreß[7]) neuerdings zutreffend in den Satz gekleidet: „Wenn auch das Zustandekommen eines Vertrages nicht vorliegt, so können doch aus dem „contrahere" rechtliche Wirkungen entstehen.

An der früheren Ansicht des Reichsgerichts und der Meinung Leonhards halten auch heute noch einige andere Autoren fest. So wird nach Geppert[8]) für culpa in contrahendo ohne ein zu Grunde liegendes Vertragsverhältnis nicht gehaftet. Das gleiche gilt von Richter,[9]) der für die Haftung bei culpa in contrahendo fast ausnahmslos unbedingt gültigen Vertrag fordert, da nur er die causa für den Ersatzanspruch sein könne, dem auch Warneyer[10]) zustimmt und was Ortner[11]) mit den Worten ausdrückt:

---

[1]) So auch Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1930, S. 94.

[2]) Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 123$_4$.

[3]) Raape in Jur.Wo.Schr. 1925, S. 1278.

[4]) So im wesentlichen Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930, S. 153.

[5]) Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 584.

[6]) Oertmann in Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 127.

[7]) Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929. S. 110.

[8]) Geppert in Gruch. Beitr. Bd. 69, S. 540.

[9]) Richter in Jur.Wo.Schr. 1921. S. 664/65.

[10]) Warneyer, Kommentar zum BGB. Bd. I. S. 479.

[11]) Ortner, S. 71.

„Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit wird diese Sorgfallspflicht erst dann, wenn für sie ein besonderer privatrechtlicher Grund geschaffen wird", und der ist nach ihm nur der Vertrag. Vorher erkennt er solche Pflichten nicht an. In gleicher Richtung liegt auch die Meinung Krückmanns,[1]) der die Lehre Leonhards wohl für praktisch geeignet, aber nicht für erforderlich hält, so daß nach ihm eine Haftung für culpa in contrahendo vollkommen entbehrlich ist, obgleich Leonhard mit Recht ausführt, daß eine solche Haftung praktisch unentbehrlich ist. Denn nach Krückmann geht das Verschulden beim Vertragsschluß in der nächsten Sekunde nach Vertragsschluß in ein Verschulden nach Vertragsschluß über.

Selbst Siber,[2]) der ausdrücklich für Haftung bei Verschulden vor Vertragsschluß eintritt, steht offenbar noch unter der Nachwirkung dieses Gedankens des Erfordernisses eines Vertrages. Er führt zwar aus: „Es ist unzutreffend, wenn man die anläßlich des Vertragsschlusses entstehenden Pflichten unterschiedslos für solche aus Verträgen hält", fährt aber nach Stoll in zu enger Begründung fort: „Denn sie umfassen auch Ersatzpflichten aus einer im Vertragsschluß selbst liegenden Verletzung vorvertraglicher Pflichten." Deshalb sucht Siber in Fällen, in denen das vorvertragliche Verhalten ganz unabhängig vom Vertragsschluß eine Schädigung des Gegners herbeiführt, mit der Konstruktion eines Vorvertrages oder eines namenlosen Vertrages zu helfen. Hiergegen wendet sich auch Enneccerus-Lehmann[3]) mit der Begründung, daß dies keine vollbefriedigende Lösung der Frage bringe, weil der Nachweis eines solchen stillschweigenden Vertragsschlusses sich nicht ohne Willkür für alle Bedarfsfälle führen läßt. Nach Stoll[4]) wird ein solcher Vertragsschluß durch sein Rechtsverhältnis während der Vertragsverhandlungen gespart, so daß sein Rechtsverhältnis an seiner, wie bereits gezeigt, auch von Schulze[5]) anerkannten Brauchbarkeit m. E. noch an praktischer Eignung gewinnt. Auch bringt diese Konstruktion Sibers insoweit keine Hilfe, als das Verschulden des Antragenden vor Abschluß des Erhaltungsvertrages, usw. liegt. Und Raiser[6]) entgegnet, daß hiermit Siber diesen vorvertraglichen Pflichten keinen gemeinsamen Nährboden geschaffen habe.

Allen Ansichten, die das Erfordernis des Vertrages für die Haftung für culpa in contrahendo verlangen, sei aber noch die treffende, auf das römische Recht anspielende Aeußerung bei Schulze[7]) entgegengehalten: „Eine Beschränkung der Haftung für culpa in contrahendo auf gültige Vertragsschlüsse beruhte im Anfang auf dem Fehlen einer Klage im geschlossenen Aktionensystem. Es hieße aus dieser römischen Not eine heutige Tugend machen, wenn man zur Beschränkung der Ersatzpflicht für culpa

---

[1]) Krückmann in Jher. Jahrb. Bd. 59, S. 362.
[2]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 542, der hier die Ansicht Sibers bespricht.
[3]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 1930. S. 152.
[4]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 548.
[5]) Schulze, S. 23.
[6]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd .7. 1927, S. 21.
[7]) Schulze, S. 26.

in contrahendo auf Fälle eines gültigen Vertragsschlusses zurückkehrt, obwohl die Fesseln des Aktionensystems abgestreift sind."

Nun ist aber Raiser[1]) und anderen nicht klar, wie sich das vorvertragliche Schuldverhältnis Stolls zum nachfolgenden vertraglichen Schuldverhältnis verhalten soll, und das ist es auch, was Herholz[2]) im Grunde genommen gegen das vorbereitende Rechtsverhältnis v. Tuhrs und Fischbachs eingewendet hat, welche die Haftung für culpa in contrahendo auf dieses von ihnen konstruierte Rechtsverhältnis gründen, das nur im Vorbereitungsstadium existieren soll. Der Fall nämlich, wo ein Vertrag bis zur Erfüllung gediehen, hinterher aber durch Rücktritt beseitigt wird, drängt andererseits zu einer gleichartigen Begründung, die ein vorbereitendes Rechtsverhältnis aber nicht geben kann. Ein Haftungsgrund wäre aber nicht gegeben in einem vorbereitenden Rechtsverhältnis, da von einem vorbereiteten Stadium doch gar nicht mehr gesprochen werden kann, weil die Beziehung schon engere Formen angenommen hat. Die Haftung zu gewähren, wo die Parteien nur erst in ganz loser Beziehung standen, sie aber zu versagen, wo die Beziehung bis zum Vertrage gediehen ist, dieser aber hinterher etwa durch Rücktritt fortgefallen ist, muß von vornherein als unmöglich bezeichnet werden. Hier ist Raiser entgegenzuhalten, daß Stolls Schuldverhältnis als „Organismus", — worunter er[3]) die Grundlagen für die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses versteht — unabhängig vom späteren Vertrage ist, also immer dasselbe bleibt, daher konstant ist, während es jeweils seine Erscheinungsform beliebig wechseln, d. h. seinen Inhalt ändern kann,[4]) etwa, wenn es auf Grund des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen zum Vertrage kommt, die typische Gestalt eines Kaufes usw. annimmt. Fällt der Vertrag z. B. wegen Rücktritts fort, so bleibt das Schuldverhältnis als „Organismus", dem dann die Haftung für vorvertragliches Verschulden entnommen werden kann, bestehen. Es verhält sich daher, um Raiser zu entgegnen, das vorvertragliche Schuldverhältnis zum nachfolgenden vertraglichen Schuldverhältnis vollkommen unabhängig selbständig.

In ähnlicher Weise konstruiert Herholz[5]). Sein Schuldverhältnis als „Rahmenbeziehung" bildet auch einen begrifflichen Gegensatz zum Vertrage, den er, wie bereits hervorgehoben, zu dessen Klarstellung als „Inhalts- oder Leistungsbeziehung" bezeichnet, so daß auch in dieser Hinsicht Herholz der Aeußerung Leonhards[6])

---

[1]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7. 1927, S. 22.

[2]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130. S. 279/80.

[3]) Stoll in Leipz. Zeitschr. S. 544 und S. 544, Note 20.

[4]) weshalb Stoll (in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 545, Note 22) in Konsequenz der Durchführung seiner Lehre ausführt, daß der Uebergang vom negativen zum positiven Interesseanspruch keine Aenderung des Klagegrundes bedeutet, wenn die begründenden Tatsachen schon in der Klageschrift angeführt waren.

[5]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 276 und Seite 324.

[6]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß 1910, S. 44.

entgegengesetzt ist, in der Leonhard zu dem Ergebnis kommt, daß eine Sorgfaltspflicht schon beim Vertragsschluß besteht, und daß diese Verpflichtung der Erfüllungspflicht theoretisch und praktisch gleichzusetzen sei. Es bleibt, auch wenn der Vertrag ex tunc fortfällt, z. B. infolge Rücktritts oder Wandlung, immer noch die schon während der Vertragsverhandlungen existente „Rahmenbeziehung". Daher ist diese Rahmenbeziehung konstant, sie überdauert den Vertrag. Damit ist m. E. dem Zweifel Raisers zur Genüge entgegnet, und auch die oben angeführten Einwendungen, die gegen das vorbereitende Rechtsverhältnis v. Tuhrs und Fischbachs geltend gemacht werden können, sind als berechtigt zu bezeichnen.

Zu γ): Es ist auf Grund des Nachweises aus Literatur und Rechtsprechung erkannt worden, daß durch die Ankündigung der Versteigerung die Grenzen der rein außervertraglichen Sphäre überschritten worden sind, und dadurch das rechtsgeschäftliche Gebiet des Schuldrechts eröffnet worden ist, somit das rechtsgeschäftliche Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen begonnen hat. Auf demselben Wege ist eine aus diesem rechtsgeschäftlichen Vorstadium zu den in der Versteigerung abzuschließenden Verträgen eine Mitteilungspflicht des Versteigerers, wenn er von der bereits angekündigten Versteigerung Abstand nehmen will, etwa wegen anderweitiger günstigerer Verkaufsgelegenheit der Versteigerungsobjekte, gegenüber den Adressaten der Ankündigung der Versteigerung festgelegt worden.

Es müßte jetzt, wenn es sich um einen akuten praktisch konkreten Fall handeln würde, ein Verschulden, eine culpa in contrahendo, des Versteigerers an Hand eines solchen Einzelfalles nachgewiesen werden unter Berücksichtigung der Anforderungen von Treu und Glauben im redlichen Geschäftsverkehr.[1]) Und dieses würde zweifellos der Fall sein, wenn der Versteigerer von einer Benachrichtigung der Adressaten seiner Versteigerungsankündigung absehen würde.

Diese Untersuchung könnte erst so spät einsetzen, da zuerst einmal, wie Stoll[2]) es auch getan hat, das Stadium, in dem von einer culpa in contrahendo die Rede sein kann, festgelegt, und hieraus eine rechtsgeschäftliche Sorgfaltspflicht des Versteigerers erkannt werden mußte. Mit anderen Worten, da zuerst die beiden ersten Voraussetzungen der Haftung für culpa in contrahendo gefunden werden mußten, um dann zur dritten und letzten Voraussetzung, eben zur Frage des Verschuldens, der culpa, und der damit wieder zusammenhängenden Frage der Haftung des Versteigerers für die nutzlos gemachten Aufwendungen der Adressaten seiner Ankündigung zu kommen.

Zur Frage des Verschuldens sei aber bemerkt, daß man nicht allzu scharf urteilen darf, denn das Reichsgericht warnt selbst vor einer Ueberspannung der Anforderungen, die an die Sorgfaltspflichten der Parteien im Vorstadium des Vertrages zu stellen sind, um eine Haftung für culpa in contrahendo zu begründen.

[1]) So auch das Reichsgericht in Bd. 103, S. 50.

[2]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 532 und S. 536/37.

Diese Ansicht wird auch von Stoll[1]) gebilligt, indem er ausführt: „In der Tat ist die Haftung für culpa in contrahendo ohne nachfolgenden Vertrag nur erträglich, wenn diese Warnung des Reichsgerichts beachtet wird."

Die von Loewenwarter in seinem „Wegweiser zum BGB" (S. 98) und in seinem Lehrkommentar zum BGB. Bd. II (S. 56/57) angeführten Fälle, die bereits erwähnt sind, und in denen ein Kaufmann fahrlässigerweise Waren annonciert, und darauf Kunden anreisen, die bei Nichtvorfinden der Ware Ersatz ihrer Reisekosten, also ihrer Aufwendungen wegen culpa in contrahendo des Kaufmanns verlangen können, liegen in Bezug auf das Verschulden anders wie bei der Ankündigung der Versteigerung, weil schon in der Ankündigung der Waren selbst ein Verschulden, eine Fahrlässigkeit, des Kaufmanns liegt, da er fahrlässigerweise eine falsche Warenbezeichnung benützt hat.

Erfüllt nun der Versteigerer seine Verpflichtung zur Benachrichtigung der Adressaten seiner Ankündigung vom Nichtstattfinden der Versteigerung nicht, so würde hierin eine culpa in contrahendo liegen, die ihn zum Ersatz der nutzlos gemachten Aufwendungen dieser Adressaten, etwa der Reisekosten für die Reise zum Versteigerungsort, gemäß § 276 BGB[2]) i. V. mit § 249 BGB verpflichten würde. Diese Aufwendungen stellen sich nämlich als Ersatz des negativen Vertragsinteresses oder Vertrauensinteresses, dar. Denn aus culpa in contrahendo kann nach der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts, abgesehen von dem Fall des § 463 BGB, den es selbst nach Schulze[3]) als Ausnahme bezeichnet, (RG. 103, 160) regelmäßig nur negatives Vertragsinteresse, nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also positives Vertragsinteresse, zugebilligt werden (RG. 103, 50/51; Warn. Rechtspr. 1920, Nr. 49; 1917, Nr. 82).

Allerdings herrscht hierüber Streit. Früher hat das Reichsgericht in Bd. 59, S. 155; 62, 384; 63, 110 noch einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen, und auch Leonhard,[4]) der bei culpa in contrahendo gültigen Vertragsschluß fordert, hat nach Schulze[5]) recht, wenn er als Folge der culpa in contrahendo positives Interesse verlangt.

---

[1]) Stoll in Jur.Wo.Schr. 1927. S. 1517.

[2]) Dies kann man wohl heute überwiegend als feststehend betrachten, so z. B. Kreß (Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 592) und v. Staudinger (Bd. II, Recht der Schuldverh. 1930, S. 284[2]), während Warneyer in Konsequenz der Durchführung des von ihm verlangten Erfordernisses eines Vertrages bei der Frage der Haftung für culpa in contrahendo sagt: „§ 276 könne nicht zur Anwendung kommen, da dieser von der Haftung des Schuldners spreche, also das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zur Voraussetzung habe", was, wie gezeigt, auch Leonhard verlangt, der sagt: „Daß § 276 BGB nur einen Haftungsmaßstab, aber nicht einen Grund für die Haftung abgibt, wogegen die herrschende Lehre anderer Ansicht ist, (Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, 1929, S. 554) eine Ansicht, die auch früher vom Reichsgericht in Jur.Wo.Schr. 1908, S. 657[5] vertreten wurde und heute aufgegeben ist.

[3]) Schulze, S. 33.

[4]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, 1910, S. 56 ff.

[5]) Schulze, S. 32.

Auch nach Oertmann [1]) wird bei culpa in contrahendo nur auf das negative Vertragsinteresse gehaftet, da auch die §§ 122, 179, 307 BGB. dieses Prinzip vertreten, in welch gleichem Sinne auch Raiser [2]) urteilt, daß, wie in den Fällen des § 122 BGB, es sich nur um den Ersatz des negativen Interesses handeln könne, und nicht um den Ersatz des Erfüllungsinteresses, des Aequivalents zum Erfüllungsanspruch, der nicht besteht und also auch nicht verletzt werden kann, solange der Vertrag nicht perfekt ist. Auch v. Staudinger [3]) stellt die Haftung bei culpa in contrahendo auf das negative Interesse als Prinzip auf. Nach Herholz [4]) ist gemäß § 249 BGB. der Zustand herzustellen, der ohne die von ihm konstruierte „Rahmenbeziehung" bestehen würde. Die Haftung kann nach ihm gerade gemäß § 249 BGB. stets nur auf ein negatives Interesse gehen, wenn man erkennt, daß sie der „Rahmenbeziehung" entstammt.

Einen solch allgemeinen Grundsatz, wie die vorhergehenden, stellt Stoll [5]) nicht auf unter Berufung auf Brecht (in Jher. Jahrb. Bd. 55 S. 282). Er führt an, daß aus der culpa in contrahendo keine prinzipiellen Folgerungen für den Umfang der Schadenersatzpflicht gezogen werden dürfen. Vielmehr sei wegen Verschuldens während der Vertragsverhandlungen immer derjenige Schaden zu ersetzen, der durch dieses pflichtwidrige Verhalten causal herbeigeführt wurde. So ist denn nach Stoll [6]) dieser ganze Streit unter Zustimmung von Schulze [7]) gegenstandslos, wenn man als Grund der vorvertraglichen Pflichten das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen anerkennt. Denn diese Pflichten sind zu erfüllen, und bei ihrer Verletzung ist nach der Regel des § 249 BGB der Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung vorhanden wäre.

Dieser Ansicht steht die von Kreß [8]) und Enneccerus-Lehmann [9]) am nächsten. Soweit nämlich nach Kreß Verpflichtungen zur Wahrung der bei den Vertragsverhandlungen berührten Interessen des andern Teil bestehen, wird durch die schuldhafte Verletzung die Verpflichtung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens begründet; das negative Interesse und unter Umständen, wenn bei Einhaltung der Schutzverpflichtung etwas anderes vereinbart worden ist, wäre das Interesse an der Erfüllung einer solchen Vereinbarung zu vertreten, so auch Reichsgericht Bd. 95, S. 58; 103, 50; 107, 363, was Enneccerus-Lehmann so ausdrückt: „Grundsätzlich wird dem Geschädigten lediglich ein Anspruch auf das Vertrauensinteresse zuzubilligen sein (§ 249 BGB) und nur ausnahmsweise auf das Erfüllungsinteresse; dies letztere dann,

---

[1]) Oertmann in LZ. 1914, S. 519/20.
[2]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 31.
[3]) v. Staudinger, Komm. z. BGB. Recht der Schuldverhältnisse, 1930, S. 271 und S. 284.
[4]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 318 und S. 318, Anm. 136.
[5]) Stoll in Jur.Wo.Schr. 1927, S. 2119.
[6]) Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923, S. 547.
[7]) Schulze, S. 35.
[8]) Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 592, Anm. 7.
[9]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 1930, S. 153.

wenn der Vertragsschluß bei richtigem Verhalten ordnungsgemäß zustande gekommen wäre. Für diesen letzteren Fall läge kein Grund vor, den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu versagen."

Aber selbst wenn man an Hand eines konkreten Einzelfalles zur Bejahung einer culpa in contrahendo des Versteigerers, und daraus folgernd zu einer Haftung desselben auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses käme, so wäre den Adressaten der Ankündigung der Versteigerung immer noch nicht geholfen, denn das negative Interesse ist in diesem Falle gleich Null. Denn wie im Laufe der Abhandlung bereits gezeigt worden ist, sind die Adressaten der Versteigerungsankündigung nicht in der Lage, nachzuweisen, daß ihre nutzlosen Aufwendungen nun auch wirklich sich als Schaden charakterisieren, m. a. W. der Nichterfüllungsschade, also das positive Interesse, ist unbeweisbar und daher auch unsubstantiierbar. Es könnte von dem auf Ersatz klagenden Adressaten der Versteigerungsankündigung gegen den Versteigerer niemals dargetan werden, daß er wirklich Meistbietender in Bezug auf die Versteigerungsobjekte gewesen wäre und demzufolge den Zuschlag in der Versteigerung erhalten hätte, auf den er, wie gezeigt, was vor allen Dingen wichtig ist, überhaupt keinen Anspruch hat. Weil die Adressaten der Versteigerungsankündigung nun ihren Nichterfüllungsschaden, also das positive Interesse, gar nicht beweisen und substantiieren können, da m. a. W. der Nichterfüllungsschade, also das positive Interesse, gleich Null ist, so kann als Folge einer culpa in contrahendo des Versteigerers das hieraus resultierende negative Interesse nicht höher sein, muß also auch Null sein, was Herholz[1]) für ganz selbstverständlich hält. Raiser[2]) betont dies so, daß das negative Interesse durch den Betrag des positiven Interesses nach oben zu begrenzen sei. Eine Handhabe hierfür bietet auch das Gesetz im § 307 BGB selber, der das gleiche bestimmt und, wie bereits ausgeführt, ein Fall echter culpa in contrahendo ist.

3. unter dem Gesichtspunkt eines Quasimandats:

Die vorstehende Entscheidung dürfte Bedenken unterliegen insoweit, als die Beziehung, welche die culpa in contrahendo in ihrer Auswirkung als Ersatz des negativen Interesses im Hinblick auf den Nichterfüllungsschaden hat, für den Fall nicht für vorliegend erachtet werden muß, wenn der Vertragsschluß selbst unter besonderen Aufwendungen des Gegners, etwa durch vorgängige Unkosten einer Reise zum Versteigerungsort, bedingt erscheint. In diesem Falle kann der Gesichtspunkt, daß lediglich Vertrauensschaden, also negatives Interesse, bis zur Höhe des Nichterfüllungsschadens zu ersetzen sei, nicht Platz greifen. Denn in dieser Hinsicht stellen gewissermaßen die Aufwendungen, etwa die Reisekosten zum Versteigerungsort, eine Vorausleistung der Adressaten der Versteigerungsankündigung dar, welche lediglich als Voraussetzung der Möglichkeit eines Vertragsabschlusses in

---

[1]) Herholz in Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 322.
[2]) Raiser in Arch. ziv. Prax. N. F. Bd. 7, 1927, S. 31.

der Versteigerung schon an sich zu werten ist. Wir haben es hier mit dem vom Reichsgericht aufgestellten vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis insoweit zu tun, als etwa die Reise zum Versteigerungsort selbst als faktische Voraussetzung für die spätere Abgabe von Geboten erscheint. Es wäre etwa hier ein mandatsähnliches Verhältnis anzunehmen, besonders wenn es sich um die Ankündigung einer Versteigerung in einem bestimmten, begrenzten Interessentenkreis in Bezug auf Raritäten handelt, etwa um seltene Münzstücke, — wobei diese Interessenten über die Neuerscheinungen auf dem Münzmarkt regelmäßig auf dem Laufenden gehalten werden —, woraus folgen würde, daß die Reiseunkosten, sofern sie nutzlos in dem Sinne wären, daß durch Verschulden des Versteigerers ein Vertragszweck überhaupt unmöglich geworden ist, vom Versteigerer zu ersetzen sind. Das Verhältnis zwischen dem Versteigerer und den Adressaten seiner Versteigerungsankündigung innerhalb dieses bestimmten, begrenzten Interessentenkreises kann man auch als eine Zwischenform zwischen dem mandatum mea und tua gratia, also zwischen Auftrag und Rat, bezeichnen. Es ist im Laufe der Abhandlung darauf hingewiesen worden, daß die Versteigerungsankündigung für die Mehlzahl der Fälle sich als Aufforderung zur Abgabe von Offerten, als ein Rat,[1]) darstellt. Denn es ist kein Zweifel, daß das Herüberkommen der Adressaten der Versteigerungsankündigung nicht lediglich als in deren Interesse liegend vom Versteigerer gedacht ist, sondern insbesondere auch in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse, worauf bereits bei der Untersuchung des Zweckes der Versteigerung hingewiesen worden ist. Von einer Verpflichtung für die Adressaten, am Versteigerungstage am Auktionsort zu erscheinen, kann keine Rede sein. Ebensowenig von einer Haftung des Versteigerers für den gegebenen Rat. Wohl aber könnten die Adressaten der Versteigerungsankündigung Ersatz, z. B. ihrer Reiseunkosten, auf Grund dieses Quasimandates verlangen, wenn der Versteigerer es unterläßt, seinerseits für den Fall der Möglichkeit einer rechtzeitigen Benachrichtigung vom Nichtstattfinden der angekündigten Versteigerung eine solche Mitteilung an die Adressaten seiner Versteigerungsankündigung gelangen zu lassen.

4. unter dem Gesichtspunkt deliktischer Haftung:

Es bliebe den Adressaten der Versteigerungsankündigung nur noch übrig, Ersatz ihrer nutzlosen Aufwendungen bei Nichtstattfinden der Versteigerung zu verlangen, aus dem Gesichtspunkt der Verpflichtung des Versteigerers zum Ersatz derselben aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 1 und 2 BGB.). Jedoch scheidet § 823 Abs. 1 BGB. von vornherein aus, weil danach nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte, nicht aber das Vermögen schlechthin geschützt wird, und es sich bei den vergeblich gemachten Aufwendungen der Adressaten der Versteigerungsankündigung um keines der im § 823 Abs. 1 BGB. aufgezählten Rechte und Rechts-

[1]) Frensdorf, S. 27, siehe oben S. 21 u. 23.

güter handelt. Nach Dernburg[1]) würde allerdings die Vermögensbeschädigung als solche den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB. erfüllen.

§ 823 Abs. 2 BGB. könnte nur zur Anwendung kommen, wenn in dem Verhalten des Versteigerers die Verletzung eines Schutzgesetzes, und als solches käme etwa § 263 StGB. in Frage, zu erblicken ist, ein Fall, der höchst selten vorkommen dürfte.

Es ist bereits hervorgehoben worden,[2]) daß die Ankündigung der Versteigerung eine Schadensersatzpflicht nur begründen könne im Falle des dolus, also im Falle des § 826 BGB., wenn ganz besondere Umstände dies rechtfertigen sollten. Wie man denn überhaupt da, wo ohne Willkür ein Vertragsverhältnis nicht mehr angenommen werden kann, meistens auf die actio doli beschränkt ist und mithin nach Regelsberger[3]) nur die seltenen Fälle arglistiger Handlungsweise fassen kann. So z. B. könnte eine schwindelhafte, nicht ernstlich gemeinte, Versteigerungsankündigung, wodurch die Adressaten derselben zu Auslagen, also Aufwendungen, verleitet worden sind, vom Gesichtspunkt des § 826 BGB. aus Haftbarkeit des Versteigerers für Auslagenersatz gegenüber den Adressaten der Versteigerungsankündigung begründen.[4]) Diese Fälle sind aber äußerst selten und nur schwer nachweisbar. Denn für die Ankündigung der Versteigerung gilt nach Frensdorf[5]) der Satz: „consilii non fraudulenti nulla est obligatio; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit".

C) Zusammenfassung.

Es ist somit festgestellt worden, daß die Adressaten der Ankündigung der Versteigerung im allgemeinen aus einem Vertrage heraus bei Nichtabhaltung der angekündigten Versteigerung Ersatz ihrer nutzlos gemachten Aufwendungen vom Versteigerer nicht verlangen können. Auch aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo führt ihr Anspruch nicht zu dem von ihnen erwünschten Ziele, dies wäre höchstens der Fall bei Unterstellung eines Quasimandats, eines mandatsähnlichen Verhältnisses. Ein deliktisches, zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten des Versteigerers auf Grund der Ankündigung der Versteigerung wird nur in seltensten Fällen vorkommen, so daß also im allgemeinen die Adressaten der Ankündigung der Versteigerung mit ihrem Anspruch auf Ersatz ihrer vergeblich gemachten Aufwendungen bei Nichtstattfinden der angekündigten Versteigerung abgewiesen werden müssen. Daher ist die behandelte Ansicht derer, die dieses als eine Lücke im Recht bezeichnen, die auszufüllen auch das BGB. nicht gewagt habe, oder daß dieses Resultat dem Rechtsgefühl widerspreche, nicht gerechtfertigt. Insofern hatte Verfasser bei Abfassung dieser Arbeit ein praktisches Ziel im Auge.

---

[1]) Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. I, § 130.

[2]) Kuhlenbeck, S. 347, Anm. 3 und S. 356; Günther-Hein, S. 18 und oben S. 22.

[3]) Regelsberger, Erörterungen, S. 63.

[4]) Stricker, S. 57; Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. I, § 130 III.

[5]) Frensdorf, S. 27.

Lebenslauf.

Ich, Karl-Egon Dickmann, preußischer Staatsangehörigkeit, wurde am 20. Dezember 1906 als Sohn des Justizrats, Rechtsanwalts und Notars Ludwig Dickmann und seiner verstorbenen Ehefrau Johanna geb. vorm Walde, zu Essen-Borbeck geboren Ich besuchte zuerst die Volksschule und alsdann das humanistische Gymnasium daselbst, das ich Ostern 1926 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. Br. (2 Sem.), Bonn (2 Sem.) und Münster i. W. (3 Sem.). Am 11. November 1929 bestand ich am Oberlandesgericht zu Hamm i. W. das Referendarexamen. Seit dem 12. Dezember 1929 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst zur zweiten großen Staatsprüfung. Nach Ablauf meiner ersten Amtsgerichtstation erhielt ich am 12. Juni 1930 Urlaub zwecks Promotion und studierte dann noch ein Semester an der Universität Erlangen als Gasthörer. Am 20. Oktober 1930 bestand ich dortselbst die mündliche Doktorprüfung. Augenblicklich bin ich zur weiteren Fortsetzung meines Vorbereitungsdienstes der Staatsanwaltschaft beim Landgericht zu Essen überwiesen.